

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La concentración de empresas en la ley española de prácticas
restrictivas de la competencia**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Rafael Matilla Alegre

DIRECTOR:

José Girón Tena

Madrid, 2015

JV 362

17

Universidad de Madrid. - Facultad de Derecho
=====

LA CONCENTRACION DE EMPRESAS EN LA LEY
ESPAÑOLA DE PRACTICAS RESTRICTIVAS DE-
LA COMPETENCIA.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Tesis doctoral presentada por
el licenciado en Derecho,
RAFAEL MATILLA ALEGRE, y
dirigida por el profesor,
Dr. JOSE GIRON TENA . -

Madrid, 1.972.

i 3782 0965

CAPITULO PRIMERO

INTRODUCCION Y DELIMITACION DEL TEMA

La Significación del mercado en los
sistemas de economía dirigida y de
comercio libre.

Son caracteres fundamentales de los sistemas de economía capitalista los siguientes:

Apropiación privativa de los medios de -
producción; libertad en los empresarios, que combinan -
los factores de producción, capital y trabajo, trabajan
para el mercado y adoptan sus decisiones independiente-
mente, y falta de intervención estatal.

En cuanto al conjunto de motivos fundamentales de la actividad económica, éstos pueden reconducirse a una idea fundamental: la obtención del máximo beneficio sin otras limitaciones que la propia capacidad y el respeto a los derechos de los demás.

Por el contrario, en los sistemas de economía colectivista, los caracteres fundamentales son:

Propiedad colectiva de los medios de producción; existencia de una planificación, que se impone a las diferentes empresas y sustituye al mercado como -
elemento coordinador del sistema, y centralización en la fijación del plan.

El sistema, en el orden de los principios, no pretende sino contrarrestar y remediar las desigualdades económicas y sociales provocadas por el capitalismo y las fluctuaciones económicas.

Pero estas definiciones no se corresponden totalmente con la realidad actual: en primer término, porque, en los regímenes socialistas, se aprecia progresivamente una mayor libertad económica y, además, porque en los sistemas de economía libre hay una intervención estatal creciente.

En efecto, en los regímenes socialistas, la propiedad privada de los medios de producción no ha desaparecido totalmente en ningún momento; ni la planificación es total, en cuanto existen determinados fenómenos importantes de la vida económica que escapan a la misma, tales como el volumen de la producción agrícola, el racionamiento de los géneros de consumo, los gastos de los consumidores...; la centralización, incluso para ciertos productos clave, se ha ido atenuando progresivamente; los incentivos materiales empiezan a ser considerados como los medios más aptos para lograr la colaboración.

Principios éstos, que si son válidos para la Unión Soviética, lo son aún más para las demás democracias populares, tanto que puede hablarse de dos variantes del sistema en razón del mayor auge de los mismos.

En el mismo orden, en Occidente, a diferencia de otras épocas, ya no se confía exclusivamente en el mercado y, en muchos aspectos, se sigue un sistema mixto. La intervención estatal comenzó en el terreno social y se ha continuado en varios otros aspectos: pro-

ductos agrícolas y mineros; política de ciclos; creación de empresas públicas o semipúblicas...

Al igual que en los regímenes socialistas, donde hay profundas diferencias en lo que afecta a la mayor o menor libertad existente en la organización económica, en los países del mundo occidental, las derogaciones al funcionamiento automático del mercado tienen muy diversa importancia en cada uno.

Como consecuencia de esta aproximación - puede decirse incluso que la única disimilitud entre ambos sistemas es de naturaleza cuantitativa, en relación con la mayor o menor intervención pública e importancia de las empresas públicas, y que, en el fondo, las nuevas tendencias de ambos parecen suponer una cierta convergencía de ambas organizaciones. (1) (2)

Vigencia histórica y actual del principio de la libre competencia. Competencia perfecta y efectiva.

En todas las etapas históricas de la evolución económica, ha existido, en los sistemas de economía libre, una idea directriz especial de la forma de mercado, como elemento básico de la organización económica. (3)

Durante la época liberal domina el principio de la competencia libre y perfecta, impuesta a los productores y comerciantes por la coincidencia de tres factores: la voluntad de los diferentes Estados de unificar y estimular la economía nacional; la aparición de nuevas técnicas que hacen desaparecer las bases del sistema corporativo, y el individualismo filosófico del siglo diez y ocho, del que la doctrina económica de Adam Smith no era sino una aplicación.

El sistema era considerado el mejor medio para obtener el bienestar económico, en cuanto debía determinar necesariamente una reducción constante de los costos, unos precios que no permitirían beneficios excesivos y una gama y variedad de productos lo más amplia posible.

En esencia, se consideraban condiciones determinantes del sistema las siguientes: las empresas y consumidores deben ser numerosos y el volumen de operaciones de cada uno de aquéllas o de éstos, pequeño en relación con el total; unas y otros deben poseer información perfecta acerca de los precios; la entrada y salida del mercado ha de ser libre y no han de existir ventajas, ni desventajas por vender o no vender a un consumidor de terminado.

En resumen, en tal sistema, los agentes económicos son enteramente regidos por los precios sin que ninguno de ellos pueda ejercer influencia sobre és-

tos y rige un sistema de democracia económica, de tal suerte que las necesidades de los consumidores repercuten directamente sobre la utilización de los factores de producción.

La intervención estatal en sentido tradicional era considerada un obstáculo, por entenderse que el propio juego natural del sistema determinaría necesariamente la organización óptima de la economía y, con ella, los beneficiosos efectos antes indicados.

De hecho, seguan existiendo determinados monopolios y una cierta intervención estatal que, por su carácter excepcional, eran considerados no deseables y, en cierto sentido, inevitables en la práctica.

Pero el sistema, en realidad, no era tan perfecto como afirmaban sus defensores:

Aparecieron fluctuaciones y alternativas coyunturales; desde un punto de vista social se manifestaba inadmisibile en perjuicio de los trabajadores, que se vieron obligados a sindicarse y determinó la intervención estatal; los empresarios, mas bien secretamente, se unieron en numerosas organizaciones; ciertos mercados, en especial los de los productos agrícolas, fueron reglamentados políticamente, etc.

Surgió así una situación completamente nueva que no puede identificarse, sino muy excepcionalmente, con la de la competencia perfecta, que no encaja en la realidad actual. El hombre moderno pone toda su -

voluntad en actuar y transformar el mundo en que vive y, en el orden económico, no se conforma con estar sometido al juego de las fuerzas anónimas del mercado sin poder ejercer sobre ellas una acción determinante.

El sistema de la competencia libre y perfecta no ha podido mantenerse ante el progreso técnico y científico, determinantes de una mayor dimensión empresarial y de profundas desigualdades de poder económico, - provisionales, pero renovadas sin cesar.

Un sistema de competencia pura y perfecta supondría una competencia atomizada, que impediría a las empresas alcanzar las dimensiones necesarias para financiar las innovaciones propias de los actuales procesos - productivos y la investigación y multiplicaría excesivamente tales inversiones.

La desigualdad de poder económico ha surgido de multitud de causas, protegidas las más de las veces por el Ordenamiento jurídico, que ha institucionalizado tales diferencias: las patentes industriales, que confieren a las empresas un cierto monopolio durante un tiempo; los nuevos métodos científicos de información, - previsión etc. y, en especial, los de automatización, de los que ordinariamente sólo han podido servirse los más poderosos.

Agréguese a lo anterior, que la competencia perfecta no sólo no mantiene el equilibrio entre la producción y el consumo, sino que, muchas veces, lo des-

truye. En efecto, la práctica ha enseñado que en los mercados en que ha dominado esta competencia, como es el de los productos agrícolas, ha existido una gran inestabilidad que ha hecho necesaria la intervención estatal.

Más aun, aunque la lucha competitiva debería ser leal, en la práctica, es todo lo contrario, porque los competidores atienden sobre todo al precio y tratan de reducirlo para vender más, descuidando la calidad, y así obtiene el triunfo el más hábil y no el mejor.

Consecuentemente, en la actualidad, aunque con algunas excepciones, se considera que la organización económica óptima no puede ser la que se ha indicado, sino otra diferente, más ajustada a la realidad y a las exigencias actuales, en la que se eviten los inconvenientes propios de las situaciones de monopolio permanente por una competencia efectiva, sin olvidar que la principal fuente del progreso económico está en la aptitud de las diferentes empresas para aplicar las innovaciones técnicas necesarias y para introducir los mejores métodos de producción y marketing (4).

La competencia, dentro de esta organización económica, se identifica con la existencia de una rivalidad activa en los oferentes. Concepto que requiere dos requisitos: una posibilidad racional de elección entre varios oferentes y un libre acceso al mercado de un lado y, de otro, una rivalidad efectiva entre los oferentes.

Estos oferentes, cuya dimensión debe ser suficiente para que puedan poner en práctica los procedimientos más eficaces, han de serlo en número bastante a ofrecer a los consumidores una posibilidad de elección entre las diversas ofertas.

Además, deberá existir siempre un grado suficiente de acceso al mercado que permita la entrada de empresas completamente nuevas y la posibilidad de que las ya existentes inicien nuevas actividades.

En todo caso, para apreciar si existe o no la posibilidad de tal rivalidad efectiva, se habrá de considerar y valorar no sólo la relación entre los diferentes oferentes, sino también la situación comparativa del lado de la oferta y de la demanda, aspectos éstos frecuentemente olvidados cuando se detallan los diversos modelos económicos (5).

Como consecuencia de esta competencia - efectiva, que se desarrolla las más de las veces en mercados oligopolísticos, vienen a aparecer monopolios provisionales, que, ante la competencia efectiva de los - restantes oferentes, son constantemente combatidos y - sustituídos.

Y es precisamente dentro de ese movimiento constante donde debe buscarse la garantía de la eficiencia y del progreso, siempre, claro es, que la posición no degenera en un monopolio o posición dominante - verdaderos o se oriente a ellos.

La competencia es, sobre todo:

"un espíritu de creación y un estado de emulación. Una voluntad de crecer y de extender la propia influencia o de resistir la de los más poderosos; una tensión para adquirir una posición de monopolio en que la empresa se asegura temporalmente el dominio del mercado. Tensión que ha de enfrentarse constantemente con el comportamiento de los competidores.

Lanzar nuevos productos, abrir nuevos mercados, introducir nuevas técnicas de fabricación, de distribución, de publicidad, de financiamiento, absorber empresas más modestas, multiplicar los puntos de venta, de filiales, de sucursales...son los medios por los que las empresas se hacen competencia".

En esta lucha, el precio es simplemente un arma entre las demás y las empresas no se sirven solamente de reducciones en los precios para apoderarse de un mercado.

Necesidades de una política
de defensa de la competen-
cia.

En el apartado anterior, se ha anticipado que la competencia efectiva produce los mismos efectos atribuidos por los autores clásicos al sistema denominado de competencia pura y perfecta (6).

Tales efectos, en esencia son:

Presión sobre los costos de producción -
por la racionalización y la eficiencia de los métodos de
producción y el progreso técnico;

y aparición de nuevos productos, cada vez
mejores.

Hay, pues, una tendencia constante a que
sean reducidos los beneficios que sobrepasen los norma-
les. Los productos nuevos, inicialmente, proporcionan -
grandes beneficios, que son permanentemente reducidos -
por una competencia efectiva. En consecuencia, resulta
una tendencia constante a la reducción de costos.

Un ejemplo práctico lo proporciona la in-
dustria del automóvil, donde no pueden decirse cumplidas
desde luego las condiciones de la competencia pura y per-
fecta. Se trata, por el contrario, de una estructura oli-
gopolística con una gran diferenciación de productos.

En esta situación, por consecuencia de -
una competencia efectiva, hay constantes variaciones en
los productos que son permanentemente mejorados. La ra-
cionalización y la eficiencia, el progreso técnico y la
presión sobre los precios de costo, son, pues, notas ca-
racterísticas de este mercado.

Es indudable que nuestro trabajo, sin el
concurso de la competencia, sin la presencia del ajeno,
corre el riesgo de tornarse anticuado e ineficaz y que

las situaciones de poder económico pueden suponer graves quebrantos para los consumidores y competidores más pequeños.

Pero las empresas, por concentración en tre las mismas o mediante simples acuerdos, suprimen, reducen o falsean las condiciones determinantes de esa competencia efectiva, a la par que suprimen, reducen o falsean también la libertad en el ejercicio de las actividades económicas.

Y si las empresas, o grupos de empresas, se hallan en situación de monopolio o posición dominan te, con frecuencia, incurren en prácticas abusivas.

De ahí, la necesidad de que se dicten disposiciones especiales protegiendo la competencia efectiva y la libertad inherente a la misma y prohibiendo las prácticas abusivas.

De este modo, en casi todos los países del mundo occidental, y en varios tratados internacionales, han surgido disposiciones especiales por las que se protege la competencia (7).

En España, estas disposiciones especiales son la Ley de Prácticas Restrictivas de Competencia de 20 de julio de 1.936; el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de marzo de 1.965, y el Reglamento orgánico y funcional del Servicio de Defensa de la Competencia, de 5 de febrero de 1.970 (8).

Dicha Ley española, en su Exposición de Motivos, sobre la necesidad de estas disposiciones, dice:

"En todos los países en que a lo largo del siglo XIX fue legalmente consagrada la libre competencia, se ha hecho evidente, en un determinado momento, la necesidad de regular la libertad de competir por medio de leyes especiales que suministran instrumentos más eficaces que los proporcionados por el Derecho común.

Movimiento legislativo que se inició en 1.890 en los Estados Unidos de América con la promulgación de la Ley Sherman" (9).

Y, más en relación con la importancia de la Ley, agrega:

"Que constituye una premisa indispensable para obtener el máximo aprovechamiento de los recursos productivos del País dentro del mayor grado de libertad económica y que la trascendencia de estas disposiciones resulta patente al observar que consecuencias obligadas de las prácticas restrictivas son la elevación de precios, aunque no existan justificaciones basadas en los costos, o en la situación de aprovisionamiento, el empeoramiento de la calidad de los productos y servicios y la lentitud del desarrollo e incluso la tendencia al estancamiento económico".

En los Estados Unidos, que son, como se sabe, la nación en que la legislación más se ha preocupado de defender la competencia empresarial, se han resumido los fundamentos de esta legislación diciendo que es un medio de asegurar la economía sobre un principio de libertad, que constituye uno de los fundamentos de las libertades políticas y sociales bajo el régimen representativo; que les permite mantenerse a la vanguardia del progreso en el dominio de la productividad industrial y del progreso técnico; que consolida su ideal de conseguir que los hombres mejor dotados puedan acceder a desarrollar la actividad de su elección, criterio esencial de una sociedad libre y que, por eso, todos los partidos políticos proclaman unánimemente que es necesario luchar contra los trust, si se quiere asegurar el progreso económico, y limitar su poderío, incompatible con el principio de libre competencia. (10)

En Alemania, donde esta legislación no tiene, ni con mucho, el mismo arraigo que en los Estados Unidos, por haberse seguido un criterio muy diferente a lo largo de la historia, en el prólogo del Informe sobre Cartels del Gobierno Federal alemán, año 1.964, luego de haberse puesto de manifiesto que la competencia atomizada no es deseable, sobre todo en estos momentos, se dice que, sin embargo, queda en pie la necesidad de mantener una eficiencia lo más alta posible de la competencia pues la experiencia ha demostrado que el poder del mercado, por importante que sea para mantener aquélla, no es suficiente.

La mayor fuerza económica de las grandes empresas no se deja sentir sobre los competidores del mercado igualmente poderosos, sino sobre las pequeñas y medianas empresas a las que reduce casi a la dependencia y los consumidores, poniendo en peligro la decantada autonomía de una empresa libre (11).

Se ha de reconocer, pues, como expresamente lo hace nuestra Ley, que estas disposiciones constituyen la defensa de un interés público indudable. Pero se ha de advertir, que, al propio tiempo, protegen también intereses privados, dado que las prácticas restrictivas y abusivas pueden lesionar, y de hecho lesionan muy frecuentemente, los intereses particulares de los consumidores o de otras empresas (12).

Interrelación entre política
de la competencia y política
económica general. Análisis
del sector español.

A) Consideraciones generales.

En realidad, aunque la importancia de la política de la competencia sea siempre grande, no puede decirse igual en todos los países del mundo occidental, porque, el mercado, y, con relación a él, la competencia empresarial, no juega el mismo papel en todo caso.

La política de la competencia no es sino un aspecto de la política general en materia económica,

que confiere a la competencia una importancia inversamente proporcional a la que asigna a la intervención estatal.

En este punto, fundamentalmente interesan los tres aspectos siguientes: a) la relación entre la política de la competencia y los objetivos económicos; b) la importancia de las empresas públicas y los principios ordenadores de su actuación, y c), la relación entre los instrumentos económicos utilizados por la política económica general y, en especial, la existencia o inexistencia de una planificación y el carácter de la misma y la política de la competencia.

a) En conjunto, los objetivos económicos de los países occidentales no difieren esencialmente, ya que, más o menos, todos desean conservar la estabilidad de precios, el equilibrio de la balanza de pagos, acrecentar la producción y mantener el más alto nivel de empleo posible.

Pero, dentro de esa uniformidad general, a veces, presentan diferencias en cuanto a la prioridad que atribuyen a tales objetivos. Este es el caso, por ejemplo, de la expansión de la producción, que, en Francia e Italia, es, sin duda, el objetivo preferente, pero no así en Alemania, ni en los Países Bajos.

A nuestros fines, tales diferencias pueden ser interesantes desde el momento en que, en algunos países, como Alemania, la competencia empresarial dentro

del mayor orden de libertad, es un objetivo económico, pero no, en otros, como Francia.

En Alemania, la política económica parte del supuesto de que una competencia libre y eficaz entre las empresas es una condición indispensable de toda política económica, en tanto que, en Francia, no se cree así sino para determinados sectores.

b) La importancia de las empresas públicas difiere mucho en los diferentes países. Entre aquellos, en que es más importante, se encuentra Italia, - donde, los poderes públicos tienen bajo control directo un gran número de empresas importantes. Y lo mismo, en Francia, donde la cuarta parte de todos los trabajadores son empleados estatales o de las empresas controladas por el Estado.

Estas empresas públicas, en relación con la política de la competencia, presentan en esencia las siguientes cuestiones:

Aunque, en algunas ocasiones la constitución de una empresa pública se hace para crear o aumentar una situación competitiva en una determinada rama económica, las empresas públicas distorsionan la competencia, pues los poderes públicos se muestran inclinados a atribuirles una posición privilegiada en perjuicio de las restantes empresas.

Tal posibilidad es aún más grave si se tiene en cuenta que las empresas públicas, si en algunas ocasiones actúan como organismos autónomos, por tan

to, en función exclusivamente de principios comerciales, no suele ser así en otros muchos casos, en que se considera a estas empresas como instrumentos para la ejecución de los objetivos políticos.

c) La relación entre la política de la - competencia y los instrumentos utilizados por la política económica se aprecia sin más si se tiene en cuenta - que toda intervención estatal supone disminuir la importancia de la competencia.

Si la utilización de estos instrumentos tiene lugar dentro de un plan, en principio, parece existir un mayor grado de desconfianza en la función coordinadora del mercado y de la competencia empresarial.

En tales casos la coordinación se desplaza del mercado a la intervención estatal, en su caso, enmarcada en un plan, con una disminución correlativa de la importancia de la política de la competencia. Esta última reviste, pues, mucha menos importancia en los países en que existe una planificación o una intervención acentuadas, como es el caso de Francia, que en aquéllos en que no la hay, como es el caso de Alemania.

En consecuencia, el estudio de la política de la competencia en un determinado país, supondrá siempre la necesidad de concretar los preceptos que directa e indirectamente inciden sobre dicha política y los que exceptúan determinados sectores de su aplicación.

Estudio éste que será muy diferente según el país de que se trate. En Alemania, por ejemplo, que representa con Francia, dentro de los que integran la Comunidad Económica Europea, los dos extremos, tal estudio se reducirá a concretar los sectores a que no se aplica la política general de la competencia que son:

Fijación de salarios y demás extremos de la relación laboral; mercados agrícolas; sectores del - carbón, energía, acero, transportes, viviendas y construcción de éstas y prestación de servicios por el sector terciario y artesanos. (13)

B) Importancia del mercado en el sistema español.

A continuación haremos una breve referencia a la situación española en cada uno de los tres aspectos de interés.

a) Encuadrado el sistema español entre los de economía libre, uno de los principios básicos del sistema es el respeto de la propiedad privada en todas sus formas y de la iniciativa privada y, por tanto, de la - competencia empresarial como fundamento de la actividad económica.

Así se declara expresamente en diversos - preceptos de las leyes fundamentales: Fuero de los españoles; Fuero del trabajo; Ley de Cortes y Ley promulgadora de los principios fundamentales del Movimiento.

Pero se ha de advertir que las mismas leyes fundamentales, en la concreción de estos principios, introducen ciertas matizaciones que desvirtúan un tanto, sin duda en mayor medida que en los restantes países occidentales, su carácter. En efecto, en nuestras leyes fundamentales, es básica la subordinación de los valores económicos a los de orden social y humano; del interés particular, al bien común y de todas las formas de propiedad a las necesidades de la nación y al bien común.

Esto en el orden de los principios y, por tanto, sin referencia a la disociación entre los principios en dichas leyes fundamentales y su eficacia en las demás disposiciones que completan el ordenamiento jurídico, que se estudiará más adelante.

En fin, como complemento de todo lo anterior, nos remitimos a los textos legales que se recogen en el capítulo 3, en los que, de un modo preciso, se ampara y se reconoce a la competencia empresarial como principio básico de la organización económica española. (14)

b) La importancia de la intervención en el Estado español, en cuanto asume directamente los medios de producción y cambio en muy variadas zonas de la producción y el cambio de bienes y servicios, es cada día mayor.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta intervención asume formas jurídicas muy diversas; empresas nacionalizadas y monopolios fiscales; servicios sin per-

sonalidad; establecimientos públicos interventores y empresas de propiedad pública o, al menos con participación pública, que funcionan como sociedades anónimas o de economía mixta.

Contrariamente a lo que sucede en otras legislaciones, las empresas nacionalizadas, con la excepción sin duda de la Renfe, no son ciertamente muy importantes y no abarcan sectores económicos completos. Por el contrario, el Instituto Nacional de Industria, calificado jurídicamente como organismo público interventor, tiene una importancia decisiva a través de sus diferentes participaciones en numerosas empresas de todo orden.

(15)

c) El último tema a considerar relativo a la intensidad de la intervención administrativa en la organización económica, que es sin duda trascendental en todo estudio referente a la Ley de Prácticas Restrictivas de Competencia, ha sido poco estudiado.

Comencemos señalando que aquí no nos referimos a la intervención de la Administración para proteger la competencia empresarial y, en su caso, para procurar que la competencia no sea desleal, a la que ya se ha hecho referencia tanto con relación al Derecho Español como al Derecho Comparado. En este momento, las disposiciones de nuestro interés son simplemente aquéllas por las que se interviene la vida económica y se limita subsiguientemente la libertad empresarial.

En este punto, es necesario distinguir dos fases: una primera, cuando la intervención administrativa es asistemática y dispersa y, una segunda, cuando aquélla trata de integrarse y sistematizarse en un plan, ordinariamente simplemente indicativo y, por tanto, esencialmente diferente de la planificación de los países socialistas. Etapas que no se presentan sucesivamente sino que suelen concurrir al propio tiempo, como ocurre en España, donde a nuestros efectos, tiene mayor relevancia la primera que la segunda, dado que la planificación es simplemente indicativa.

Esta intervención, cuya importancia hace disminuir correlativamente la del mercado y la competencia como principios básicos, en España es muy acusada, según vamos a exponer a continuación.

En 1.959, se quiso iniciar en España, cuya economía había estado fuertemente intervenida, una época de mayor liberalización, que se inició con la publicación del Decreto Ley de Ordenación Económica de dicho año que liberaliza el comercio y declara la necesidad de suprimir y revisar los organismos interventores. En este orden, el mercado y la competencia debían pasar a ser los principios fundamentales del sistemas y, de ahí, que se dictase la Ley de Prácticas Restrictivas de Competencia. En este mismo orden, el Decreto de 23 de noviembre de 1.962, en su art. 2ª, dispuso que debían convalidarse expresamente las disposiciones que supusiesen medidas restrictivas de la producción o de la libre

circulación de las mercancías y que quedarían derogadas todas las demás de este tenor.

En ejecución de dicho art. 2 se dictó la orden de 15 de marzo de 1.963, en la que se contiene la enumeración del caso, que es desde luego muy amplia. Aunque, en principio, esta convalidación se preveía con carácter transitorio, en concreto, hasta la entrada del Plan de Desarrollo, posteriormente, las disposiciones convalidadas se han declarado vigentes indefinidamente.

Sin embargo, si quiere estudiarse el grado de intervención real, hay que estar a un número mucho mayor de disposiciones, según se deduce de cuanto vamos a decir a continuación, algunas de fecha anterior a la de la orden de referencia, autorizadas por la Ley en muchos casos, y otras de fecha posterior a la misma.

La doctrina española, partiendo ~~de~~ estas bases jurídicas, ha abordado el estudio del tema, en algún caso, con carácter general, y, en otros, con referencia a sectores económicos de importancia. Y es conclusión generalizada que, en nuestra organización, a pesar de las pretensiones recientes de neoliberalismo de la - política económica española, sigue siendo muy grande la intervención administrativa.

Esta intervención reviste las formas más variadas: actos administrativos típicos, como las autorizaciones; aceptaciones; admisiones; que suponen la ampliación de la esfera jurídica del empresario; inscrip-

ciones; obligaciones impuestas a los particulares, tales como obligaciones de contratar, de atenerse a determinados precios, de producir...; actividades de fomento, que revisten a su vez formas muy diferentes; incluso puede hablarse de una deformación de la noción tradicional de servicio público al haber aparecido junto a las concesiones de dominio y de servicio público un tertius genus, la concesión industrial. (16) (17)

Esta situación, en estos últimos años, contrariamente a las exigencias del principio de liberalización que se pretendía establecer, se ha acentuado, disminuyéndose aun más la importancia del mercado y de la competencia empresarial.

Mediante los decretos de 22 de julio de 1.967, números 1.775 y 1.776, luego completados por el decreto número 2.072 de la misma fecha, pero de 1.968, se regula la instalación, traslado y ampliación de industrias, materia que ya venía regulada anteriormente por el Decreto de 26 de enero de 1.963 y por el de 25 de abril del propio año.

Estas nuevas disposiciones, en oposición a lo que cabía esperar, no hacen sino aumentar el régimen de intervención ya existente. Tanto las empresas sometidas a autorización previa en su instalación, traslado o ampliación, que se concede facultativamente, como aquéllas a las que se exigen unas dimensiones mínimas o unas determinadas ~~condiciones~~ técnicas, son muy numero-

sas y, desde luego, en número superior a las comprendidas en estas categorías en la ordenación de 1.963.

Dentro del primer grupo, están incluidas entre otras las siguientes: refinerías de azúcar; industrias del subsector del algodón; textiles del sector de fibras diversas; servicios públicos de agua, gas y electricidad; mineras; ...producción y utilización de energía nuclear; refino de petróleos y tratamiento de productos monopolizados; automóviles de turismo; material ferroviario; máquinas y aparatos de uso doméstico...astilleros.

Las disposiciones sobre medidas complementarias de la paridad de la peseta decretada en 1.967 se iniciaron con el Decreto-Ley 15 de 1.967, de 27 de noviembre, por el que se dispuso un régimen jurídico especial de ordenación de rentas y precios.

Las órdenes de 10 de febrero y 9 de junio de 1.970, superado ya el régimen transitorio que suponía aquella situación excepcional, ha clasificado los precios de los diferentes bienes y servicios en los regímenes que había definido la Orden del Ministerio de Comercio de 24 de octubre de 1.966: precios libres; declarados; regulados; máximos; especiales; especiales con regulación de campaña y convenidos.

Pues bien, basta leer el contenido de dichas clasificaciones para apreciar que son muchos, y de

gran trascendencia económica en numerosos supuestos, los bienes y servicios incluidos en los regímenes que suponen intervención administrativa. Por ejemplo, entre los bienes y servicios incluidos en el régimen de precios regulados, se excluyen: ...aluminio, cinc, estaño y semi-transformados; antimonio; antracita; celulosa textil; - pastas papeleras; material eléctrico para vehículos automóviles incluso repuestos; automóviles de turismo; vehículos industriales; motores de explosión y de combustión interna; tractores y maquinaria agrícola; cubiertas y cámaras; ...productos siderúrgicos etc. Completa esta clasificación la norma general de considerar en el régimen de precios máximos, que hoy son los que se practicaban - en noviembre de 1.967, todos aquellos que no estén incluidos expresamente en las diferentes listas de las citadas disposiciones.

Sirve también a comprobar lo anterior el elevadísimo número de disposiciones que se dictan en relación con los precios de los diferentes bienes y servicios. Así, en el año 1.970, se dictaron más de 30 disposiciones referentes a precios, unas, de verdadera trascendencia, relativas a tarifas eléctricas, hulla destinada a la producción coque; campaña oleícola... y, otras, de una importancia económica relativa, como las que se refieren a capullos de seda, colegios privados, Boletín Oficial del Estado...

Los preceptos referentes al statu quo bancario y a la capacidad de expansión de los bancos, cuya trascendencia económica es vital habida cuenta la creciente y relevantísima importancia de la banca privada en la organización económica española, se concretaban respectivamente por el decreto de 5 de junio de 1.963 y las Órdenes ministeriales de 30 de noviembre de 1.963 y 9 de marzo de 1.965, y suponían una ordenación favorable de los Bancos ya establecidos y una restricción en la expansión que favorecía a los Bancos más grandes.

Recientemente, toda esta materia se ha regulado nuevamente, pero con insistencia en los mismos principios, como puede verse en las siguientes disposiciones: Orden de 15 de noviembre de 1.971 en relación con la expansión bancaria; orden de 10 de enero de 1.972 sobre la misma materia pero con aplicación a los bancos industriales y de negocios y decreto de 13 de enero de 1972 sobre creación de nuevos bancos. Unase a lo anterior que la competencia bancaria viene además eliminada, por nuestro ordenamiento, en cuanto a las condiciones de las distintas operaciones típicas de esta institución que vienen fijadas también preceptivamente.

En fin, la existencia de estas disposiciones se ha reconocido también por el propio Tribunal de Prácticas Restrictivas de Competencia en sus sentencias de 17 de junio y 3 de julio de 1.968, en las que ha tenido ocasión de comprobar y advertir la existencia de dis-

posiciones que amparan prácticas restrictivas de la competencia, en el primer caso, con **referencia** a la campaña oleícola nacional y, en el segundo, con relación a los productos farmacéuticos.

En conexión con este problema, parece también fundamental el estudio de la relación entre la Ley de Prácticas Restrictivas y el Decreto de 17 de noviembre de 1.966 y disposiciones que lo complementan.

Tal Decreto, sobre infracciones administrativas y sanciones en materia de disciplina del mercado, dictado en defensa de los intereses de comerciantes y consumidores contra las desviaciones que puedan producirse en materia económica, regula gran parte de las materias a que también es aplicable dicha Ley de Prácticas Restrictivas.

Basta a comprobar lo anterior, lo dispuesto en el artículo 3º de dicho Decreto, en sus números 3, 4 y 8, en los que se sanciona:

"3) La imposición de condiciones que supongan la prohibición de vender al público, a precios inferiores a los mínimos fijados por el productor, fabricante o distribuidor, productos elaborados y que estén individualizados por una marca.

4) La realización de transacciones en las que se imponga al adquirente o usuario la condición expresa o tácita de comprar una cantidad mínima

o productos no solicitados o de prestar un servicio no ofrecido, y

8) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de adquirentes o usuarios siempre que las mismas se produzcan de buena fe y conforme al uso establecido y que su satisfacción está dentro de las disponibilidades del vendedor o consumidor habitual, así como todo trato discriminatorio de las referidas demandas".

Delimitación del objeto del
presente trabajo

La política de la competencia se desarrolla, pues, en un ámbito más o menos extenso, según la nación de que se trate.

Ordinariamente, esta política de la competencia contiene, como también se ha anticipado, la ordenación jurídica de las siguientes situaciones:

a) Los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de suprimir, reducir o falsear la competencia;

b) Los acuerdos de concentración de empresas que pueden causar esos mismos efectos indicados en el apartado anterior;

c) Y las prácticas abusivas de las empresas que se encuentran en situación de posición dominante o monopolio y, en su caso, el desmembramiento de tales situaciones;

d) A veces esta temática se completa con la ordenación de la relación, en lo que hace a la situación competitiva, entre las empresas públicas y privadas.

Pues bien, dentro de esta temática, nuestra pretensión se reduce a concretar la posición de la Ley española de Prácticas Restrictivas sobre los actos de concentración empresarial, tema que pasamos a estudiar en los capítulos siguientes. Esta reducción viene dada por una doble motivación: la imposibilidad de abordar el tema en su totalidad y la importancia y necesidad del estudio que se pretende (18).

CAPITULO SEGUNDO

VINCULACIONES EMPRESARIALES

Vinculaciones entre empresas.

Consideraciones generales

Es evidente que, en la realidad económica actual, las empresas están vinculadas entre sí muy frecuentemente y que tales vínculos difieren tanto en lo que se refiere a las causas y fines como a las formas.

Esta realidad económica interesa a diversas ramas del Derecho (al Derecho de la competencia, aspecto éste fundamental en el presente trabajo, al Derecho Mercantil, al Derecho Fiscal, ...) que a veces como es el caso de las normas mercantiles, con la excepción de la nueva Ley alemana de sociedades por acciones, no contienen una ordenación suficiente al efecto, en cuanto parten de una realidad ya superada, la consideración aislada de cada empresa.

La consecuencia obligada de esta circunstancia es que, aun siendo única la realidad, su disección y examen presentan necesariamente facetas y aspectos muy diferentes, según sea una u otra la rama del Derecho que se considere.

Los procedimientos y formas de unión son muy diversos y subsiguientemente lo son también las diferentes categorías y aspectos a considerar cualquiera que sea la rama del Derecho que se tenga en cuenta al efecto. Algunos autores afirman incluso la imposibilidad de estudiarlos y clasificarlos y más si se tiene en cuenta que la realidad evoluciona constantemente. Por nuestra parte, no haremos sino intentar brevemente, su descripción fijándonos en los elementos más esenciales para el D^a de la Competencia.

En general, para la designación del fenómeno se utiliza una terminología muy variada: uniones, agrupaciones, vinculaciones, concentraciones, grupos..., referida a las empresas mas que a los empresarios, aunque con ello no quiera significarse que se reconozca a éstas una personalidad jurídica propia diferente de la de los empresarios (19).

Las dos manifestaciones principales del fenómeno son la fusión y las uniones de empresas, utilizado este último término, no en el significado amplio a que acabamos de referirnos en el párrafo anterior, sino en un sentido más reducido que concretaremos más abajo.

En principio, la primera y fundamental nota distintiva entre ambos supuestos es la siguiente: cuando dos o más empresas se fusionan, pasan a integrarse en una sola personalidad jurídica, mientras que, en el caso de las uniones de empresas, éstas conservan su propia personalidad jurídica independiente una vez efectuada la unión. Supuestos ambos que pasamos a considerar a continuación con la debida separación.

Fusión de sociedades y supuestos análogos.

En la doctrina española, como norma general, no tanto se estudia el concepto de fusión de empresas, cuanto el fusión de sociedades y esto en razón de las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico al respecto. Dentro de la fusión de sociedades, como es bien sabido, se distinguen la fusión por creación de una nueva sociedad y la fusión por absorción. (20)

En el primer caso, todas las sociedades se extinguen creando al efecto una nueva sociedad en que se integran los patrimonios de todas ellas, mientras que, en el ~~segundo~~, una sociedad permanece y se extinguen todas las demás, integrándose en aquélla el patrimonio de éstas.

La noción se completa, además, por las siguientes notas: el traspaso del patrimonio de las sociedades extinguidas se hace en bloque y sin liquidación y a los partícipes de dichas sociedades se les asigna una participación en la sociedad absorbente o de nueva creación, participación, que, en la actualidad, se admite - que pueda compaginarse con una cierta indemnización por un importe reducido ordinariamente no superior al 10%.

(21)

La transmisión de una empresa o de varias y su integración con otra u otras en una única sociedad es, pues, la característica, que puede ser considerada básica de la fusión, pero esta transmisión puede darse también en otros varios supuestos, en que no concurren totalmente las características antes indicadas. Estos casos, que presentan, pues, una analogía esencial con la fusión propiamente dicha, son: (22)

En primer término, aquellos en que a pesar de existir una transmisión del conjunto de los bienes constitutivos del patrimonio de una o varias sociedades para integrarse en otra o constituir una nueva con

el patrimonio de dos o más, permanece la personalidad jurídica de las sociedades transmitentes, como puede ser el caso en que estas transmisiones se efectuen por compra-venta o aportación.

Las analogías son aun mayores si la transmisión va seguida de la disolución de las sociedades transmitentes, en especial si la transmisiones se efectuó por aportación.

En segundo lugar, el mismo supuesto anterior, pero en el caso de escisión de una parte del patrimonio social, con entidad suficiente para que pueda entenderse existente más que una transmisión de bienes, una transmisión de una empresa.

Y, en fin, los casos en que se procede a la **disolución** de una sociedad de la que sea único socio otra diferente cuando ambas ejerciesen una actividad empresarial.

Las nociones anteriores están establecidas, como se ha dicho, con relación al supuesto más frecuente e importante, en que no intervengan sino sociedades. Pero ha de considerarse también la posibilidad de que, total o parcialmente, intervengan empresarios individuales. En tales casos, con relación a ellos, el concepto de fusión de sociedades, en sus términos más estrictos, no será de aplicación, porque normalmente ni habrá extinción de la personalidad jurídica del particular transmitente, ni traspaso en bloque de la totalidad del

patrimonio, pero sí hay una analogía esencial con los dos primeros supuestos citados más arriba como esencialmente idénticos a la fusión de sociedades que nos permite identificarlos en el mismo concepto.

Las uniones de empresas. Tipología:
cartels, grupos y comunidad de in-
tereses.

Este supuesto es, sin duda, el más frecuente y, en su tratamiento jurídico, presenta aspectos diferentes según sea la rama del Derecho afectada. Observación ésta, válida también en un estudio indicativo de la tipología de estas uniones, que vamos a intentar seguidamente, siempre en los aspectos que más directamente interesan al Derecho de la competencia y de un modo descriptivo.

Contrariamente a los casos de fusión, las empresas, en los supuestos que consideramos conservan su propia personalidad jurídica, aunque constituyendo una organización al objeto de reglamentar el ejercicio de su actividad económica con una extensión e intensidad variables. Esta organización ha de ser obligatoria y ha de proyectarse con una cierta duración, quedando así excluidos del concepto que ahora señalamos, los gentlemen's agreements y los acuerdos ocasionales. (23)

Dentro de este concepto se entienden comprendidos dos supuestos: los cartels y los grupos, y, como forma intermedia, los acuerdos de comunidad de intereses, a que nos referimos seguidamente.

a) Los cartels, a veces denominados ententes, son uniones de empresas competidoras, ordinariamente, para suprimir o limitar la competencia entre ellas, con una intensidad variable, que, en ningún caso, ha de llegar a constituir una unidad de dirección ni, por tanto, una unidad económica, aspecto éste sobre el que volveremos al estudiar los grupos. El vínculo jurídico que une al efecto a las empresas es, unas veces, el contrato o mejor, las obligaciones derivadas del contrato, y, otras, la constitución; de una asociación, normalmente por vía contractual, y, excepcionalmente por mandato de una disposición legal o imposición de una resolución administrativa, y, por tanto, la obligación de cumplir los estatutos de dicha asociación. (24)

En la práctica, las modalidades que pueden adoptar estas uniones empresariales son muy variadas, como pasamos a acreditar, siempre sin ánimo de agotar la materia:

Acuerdos sobre precios, lo mismo en relación a los bienes o servicios que las empresas fabrican, prestan o venden que a los precios de los suministradores, a veces, este propósito de unificación de precios no aparece sino in directamente como en los siguientes casos: (25)

En ciertas decisiones de algunas asociaciones, calificadas frecuentemente como profesionales, recomendando unos determinados precios como precios corrientes o facilitando información sobre precios futuros, producciones y stocks de los diferentes miembros, obligados a remitir estas informaciones periódicamente; en la constitución de una central

común de ventas con facultad de fijar los precios correspondientes; en la constitución de una sociedad de distribución investida de esta facultad; en los acuerdos sobre sistemas de cálculos de costos...

Un tanto semejantes a los anteriores son los que, sin referirse a precios, tienen por objeto la fijación de unas cláusulas o condiciones uniformes de contratación; en lo que se refiere a descuentos, indemnizaciones por transporte, formas y plazos de pago, y aun los que tienen por objeto la fijación de unas normas uniformes ordenadoras de la competencia.

Los acuerdos sobre la producción, entre los que hay que destacar los que tienen por objeto reducir la producción. Pero, junto a éstos, pueden citarse otros varios, como los siguientes: los que tienen por objeto el intercambio de datos técnicos, la fijación de un procedimiento técnico común, la limitación del progreso técnico, la especialización en la producción, la constitución de una planta común productora o destinada a la investigación en común...

Otros tienen por objeto más que la producción el mercado. Los más frecuentes son aquellos cuya finalidad es el reparto del mercado por zonas, clientes o porcentajes; la constitución de una central común de compras o ventas que no esté investida de la facultad de fijar los precios etc.

Dentro de esta última categoría son de particular importancia los cartels que afectan al comercio exterior llevados a efecto entre exportadores o entre importadores.

b) Los grupos de empresas.

1) Concepto

Los grupos son uniones de empresas en que éstas, aunque conservan su propia personalidad jurídica independiente, quedan sometidas a una unidad de dirección para integrar así una unidad económica.

La nota esencial es, pues, la unidad de dirección que ha de suponer una extensión suficiente para que las empresas integren una unidad económica o una superempresa.

En general, las legislaciones que contienen este concepto, con esta u otra terminología, no precisan los límites a que debe extenderse la unidad de dirección. Queda, pues, el tema a la interpretación de los Tribunales y de la doctrina, que parecen exigir que la unidad de dirección no sea simplemente financiera, sino técnica y comercial.

En la Comunidad Económica Europea, la Decisión de 6 de mayo de 1.954, ha precisado al respecto que "es esencial a la unidad de control la posibilidad de determinar las decisiones empresariales en lo que hace a la producción, precios, inversiones, aprovisionamientos, rentas y afectación de beneficios". Puede haber, pues, diferentes

grados, desde los casos en que la unidad de dirección afecta solamente a los principales aspectos de la política general de las respectivas empresas a aquellos otros en que las empresas dependientes quedan convertidas en simples instrumentos con anulación total de su voluntad.

Esta unidad de dirección, para que pueda efectivamente ser calificada como elemento constitutivo esencial de los grupos de empresas, exige que sea ejercida efectivamente.

Por no existir un ejercicio efectivo se considera que no constituyen grupos empresariales las uniones mediante participaciones financieras si las sociedades titulares no están interesadas en ejercer el control correspondiente por haber sido realizadas exclusivamente con fines de inversión (26).

Sin embargo, el principio, en su reflejo legislativo, no es, ni mucho menos, absoluto, sino todo lo contrario, pues, si viene expresamente recogido en algunos textos legales, que son los que fijan el concepto desde un punto de vista mercantil, como luego veremos, no lo está en las disposiciones sobre competencia, que llegan a disponer, como también se verá, en relación con las participaciones de unas sociedades en otras, que basta al efecto determinado porcentaje.

Más aún, incluso en los textos legales que expresamente incluyen esta exigencia, el principio no está establecido de un modo absoluto al completarse con determinadas presunciones a cuya virtud se entiende existente tal

ejercicio efectivo en determinados casos.

Aun más, la unidad de dirección supone la sustitución de la voluntad de las sociedades controladas por la de los órganos del grupo. Unas veces, porque la administración y gestión de aquéllas han quedado atribuidos a éstos (como es el caso de los contratos de arrendamiento, cesión y dirección de empresas); otras, porque las decisiones de las sociedades controladas les pueden venir impuestas por dichos órganos (como puede ser el caso de los contratos de dominio e incorporación regulados por la nueva ley de sociedades por acciones de Alemania) (27); a veces, (como puede ser el caso de los grupos constituidos por participaciones en el capital), porque se controla la propia estructura y composición de los órganos de las sociedades controladas...

En este mismo orden, se ha dicho que, para que propiamente pueda hablarse de sustitución de voluntad, es necesario que esté excluida la posibilidad de un comportamiento diverso por la sociedad controlada. Exigencia ésta que, si en efecto es evidente en muchos casos como los de los contratos de dominio e incorporación regulados por la Ley alemana, siempre que se otorguen con todos los requisitos correspondientes, o de las sociedades en que otra detente la mayoría del capital, no lo es en otros varios que, sin embargo, encajan en las nociones de las legislaciones, más señaladamente en las que ordenan y disponen la política de la competencia, que no tanto se fijan en que no exista jurídicamente esta posibilidad cuanto en el hecho del control.

2) Distinción con los cartels

La distinción entre los grupos y cartels, que no puede decirse sencilla en todos los casos (28), resulta ya de lo indicado anteriormente. La intensidad de la unión es, pues, en el grupo, mucho mayor que en el cartel y además hay en aquél una sustitución de la voluntad de las sociedades controladas que no lo hay en la cártel, donde el vínculo, la obligación derivada de un contrato o de la integración en una asociación, ejerce simplemente una coacción indirecta dadas las consecuencias que pueda determinar su incumplimiento. Como consecuencia, la ordenación jurídica, en el cártel, afecta al Derecho contractual y, en el grupo, al Derecho societario.

Los vínculos de unión, en su calificación, son a veces, idénticos, el contrato, aunque no en su contenido, pero diferentes en otros casos, pues algunos como, las participaciones en el capital y las cláusulas estatutarias, son específicos del grupo.

Y aún pueden señalarse otras diferencias, porque los grupos no tanto están encaminados a la restricción de la competencia, cuanto a mejorar las estructuras productivas; porque, en ellos, tienen cabida todo tipo de empresas y porque suelen constituirse más frecuentemente por tiempo indefinido que con una duración limitada.

Dentro de los grupos empresariales pueden distinguirse diversas formas.

3) Clasificación

Una primera clasificación distingue los grupos por subordinación y los grupos por coordinación; en el primer caso, la centralización del poder económico se consigue mediante una jerarquización de las diferentes empresas que no existe en el segundo (29).

Esta jerarquización existente en los grupos por subordinación fundamentalmente puede darse en dos casos: o porque contractualmente se haya pactado así o porque hay una participación financiera social suficiente a estos efectos, supuesto éste el más frecuente sin duda.

Por otra parte, la concentración por coordinación se consigue normalmente mediante un contrato que, ordinariamente, supone la constitución de una comunidad de intereses y la armonización de la gestión mediante la creación de unos órganos comunes, a veces, incluso mediante la constitución de sociedades especiales.

En muchos casos, el contrato se completa con la adquisición de unas participaciones recíprocas o con el nombramiento de unos administradores comunes.

Incluso se ha llegado a veces a la constitución de filiales comunes que, de hecho, pueden determinar la formación de un grupo, o al menos una actuación coordinada, entre las empresas constituyentes si los bienes aportados a dicha filial tienen importancia económica relevante a tales efectos. (30)

Desde otro punto de vista, muy interesante dentro del orden jurídico, se han distinguido los deferentes

tes grupos en razón de los medios empleados en su constitución, que son principalmente, el contrato y las participaciones sociales de unas sociedades en otras, y, a veces, determinadas cláusulas estatutarias.

El contrato, siempre y cuando suponga un contenido que se corresponda con la nota esencial de este tipo de unión de empresas, que es, repetimos, la unidad de dirección, como es el caso de los contratos de arrendamiento, cesión y dirección de empresas y los de dominio e incorporación.

Por los contratos de arrendamiento, cesión o dirección de empresa, una empresa pasa a ser gestionada por un empresario diferente a aquél, titular de la gestión con anterioridad a la conclusión de uno de estos contratos. En el primer caso, a nombre y por cuenta de aquél, aunque con una compensación para éste; en el segundo, a nombre de éste y por cuenta de aquél, y, en el último, a nombre y por cuenta del titular de la empresa pero con una compensación para aquél que desarrolla la gestión.

Los contratos de dominio e incorporación, regulados expresamente por la nueva Ley alemana de sociedades por acciones, cuando se cumplen los requisitos exigidos, determinan, entre otros, que la empresa dominada o incorporada pierda la facultad de decidir libremente porque con limitadas excepciones, sus decisiones le pueden venir impuestas por la sociedad controlante de tal modo que los órganos de la sociedad dominada o incorporada debe seguir necesariamente tales instrucciones. (31)

Puede constituir también un contrato de esta naturaleza los contratos de comunidad de beneficios y de entrega de beneficios susceptibles de adoptar a su vez formas diferentes, si, además, se complementan con la designación de órganos comunes de gestión o con una cesión de ésta, un intercambio de participaciones o la designación de consejeros comunes...

El supuesto más frecuente, es, sin duda, el de la constitución de una vinculación entre varias sociedades a través de la detentación de participaciones sociales de unas sociedades en otras. (32)

En principio, para que una participación social dé la seguridad de poder ejercer el control de una sociedad, parece que debe ser al menos del 50%, pero, de hecho, dado que una gran parte de los socios se desentienden de su derecho a intervenir en la gestión social y en el nombramiento de los administradores, este porcentaje es mucho más reducido y su determinación no puede hacerse sino a la vista de las circunstancias de cada caso.

Dentro de este supuesto, se hace necesario subdistinguir varias categorías:

A veces una empresa que desarrolla una actividad mercantil toma una participación en otra u otras y van apareciendo así diversas filiales, que, con frecuencia, crean o participan en otras subfiliales... En ocasiones, a la cabeza del grupo, figura una sociedad holding, cuya única finalidad consiste en la detentación de las respectivas

participaciones y en el ejercicio del control inherente a ellas. Frecuentemente, el grupo constituye sociedades meramente instrumentales, denominadas, sociedades órganos, que no tienen un fin propio, sino el permitir a las sociedades del grupo desarrollar en común una actividad complementaria: las compras, las ventas, el transporte, etc. ni una voluntad propia.

Las cláusulas estatutarias tienen indudablemente mucha menos importancia que los medios anteriores y, en cuanto atribuyen a unas sociedades determinada intervención en los órganos sociales de otra, por ejemplo, la facultad de designar las personas que los constituyen, no suelen estar admitidas por las legislaciones actuales.

En todo caso hay que distinguir siempre los medios que sirven a la constitución de un grupo de los que sirven directamente al ejercicio de la unidad de dirección. Piénsese, por ejemplo, que la participación social como medio de constitución de un grupo requiere siempre, para que exista efectivamente la unidad de dirección, que, en los distintos órganos sociales de las sociedades integrantes del grupo, estén presentes las personas individuales y, a veces, jurídicas en que se personalicen los intereses del grupo. La unidad de dirigentes viene a ser así más que un medio de constitución, un medio de ejercer la unidad de dirección, que supone, ordinariamente, un vínculo constitutivo diferente. (33)

Para terminar, advertiremos que, dentro de un mismo grupo, caben diferentes vínculos, a diferencia de lo que ocurre en el cártel donde todas las empresas, aunque con diferente intensidad, están unidas por un vínculo de la misma naturaleza. Más aún, frecuentemente, entre dos empresas de un mismo grupo existen dos o más de estos vínculos: participación social y vínculos contractuales; participaciones sociales recíprocas...

c) Los contratos de comunidad de intereses (34).

Son muy frecuentes en algunos países, sobre todo, en Alemania, y se les conoce con denominaciones distintas, cointeressenze, pool...

Esencialmente consisten en un contrato por virtud del cual dos o más empresas se obligan a poner en común sus resultados económicos, para repartirlos según una proporción preestablecida.

Si estos contratos se acompañan además con cualquiera de los vínculos constitutivos de un grupo, y, en definitiva, de la unidad de dirección, que es el elemento esencial de éstos, en los términos ya indicados con anterioridad, propiamente nos hallaremos ante un grupo.

Pero cabe que no existan estos vínculos y, entonces, cabe cuestionar si nos hallamos o no ante una auténtica unión de empresas en el sentido que asignábamos a este término más arriba.

Habida cuenta que, al existir una comunidad de intereses, existe un interés correlativo en cada una de las sociedades en que los beneficios de las mismas sean los máximos, tal interés llevará necesariamente a una ordenación de las relaciones entre las empresas para limitar su competencia o armonizar su actividad .

Tal ordenación podrá asumir un carácter e intensidad diferentes, dando lugar así a una situación más o menos próxima al cártel o al grupo, según que la independencia de las empresas se limite simplemente por vía obligacional y sin que llegue a crearse propiamente una dirección común o en que pueda decirse existente ésta. De ahí, la consideración de esta forma de las uniones de empresas como una manifestación intermedia entre el grupo y el cártel.

Otras vinculaciones empresariales

En el apartado anterior se han mencionado ya ciertas vinculaciones entre empresas que, conservando su propia personalidad jurídica, no pueden ser encuadradas en el concepto de uniones de empresas que allí se ha recogido. Son los acuerdos transitorios y los gentlemen's agreements, a los que nos vamos a referir en el presente, dado que estos acuerdos, y los demás que indicaremos, también son de interés para la política de la competencia (35) .

Los cartels se establecen ordinariamente con una duración determinada, (con frecuencia por 3 ó 5 años), pero, a veces, los acuerdos entre empresas competi-

doras se llevan a efecto por una sola campaña o para una operación determinada, supuestos éstos, como se ha dicho en el párrafo anterior, no incluidos en el concepto de uniones de empresas, ni, por tanto, en el de cártels, que, sin embargo, son de interés para la política de la competencia.

Estos acuerdos se asemejan a los antiguos "rings" que reunían a varias empresas competidoras para desarrollar una acción monopolística aislada, por ejemplo, comprando la totalidad de una mercancía existente, en un momento determinado, en el mercado, cuando estaba ya próxima una nueva cosecha, para provocar una escasez y un alza de precios que les permitiese la reventa con grandes beneficios.

En nuestros días, todavía es posible apreciar maniobras de esta índole en las Bolsas de Comercio. A tales operaciones, que persiguen fines especulativos, muy frecuentemente se les denomina "corners".

Los "gentlemens' agreements" son un supuesto frecuentísimo en la práctica, en especial, en aquellas legislaciones que prohíben los acuerdos y prácticas restrictivas de competencia.

Suponen un compromiso de colaboración entre los dirigentes de las diferentes empresas sin establecer un contrato formal. Bajo esta fórmula, en realidad, pueden encubrirse situaciones análogas al cártel y al grupo, siendo aquel supuesto mucho más frecuente.

Sin embargo, se ha de advertir que, aun en los casos en que se haya documentado un cártel, es preciso no estar siempre a la letra del mismo, pues la forma exterior de un cártel no dá más que una débil idea de su verdadera esencia económica. A veces, incluso el acuerdo no es público y sólomente aparecen unas prácticas paralelas que las legislaciones también sancionan en ocasiones.

Por último, se han de incluir en este apartado determinadas vinculaciones contractuales entre empresas, que desarrollen actividades complementarias y que no puedan decirse reunidas por una unidad de dirección ni integrantes por tanto de un grupo empresarial, denominadas por las legislaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia acuerdos verticales. Supuesto que no encaja en el concepto de cártel, dado que en éste sólo tienen cabida las empresas competidoras.

Entre las categorías más importantes a incluir en este apartado pueden citarse las siguientes, diferenciadas por razón del objeto: la imposición de precios; la imposición de otras condiciones de la contratación; la distribución en exclusiva y en muchos casos, determinados acuerdos relativos a la propiedad industrial.

Con mucha frecuencia, las grandes empresas industriales imponen a otras situadas a un nivel inferior del proceso productivo, el de la distribución, almacenistas y detallistas ordinariamente, los precios que éstas han de observar en sus relaciones con sus clientes, supuesto al

que se remiten numerosas legislaciones sobre ordenación de la competencia para establecer una ordenación rigurosa, ordinariamente prohibitiva.

Una situación semejante existe en el caso de que no tanto exista imposición de precios, cuanto una simple recomendación al efecto. En todo caso, es un problema interesante a considerar si existe o no competencia desleal en aquellos que no se atengan a los precios impuestos o recomendados, en el supuesto, claro es, que no haya de entenderse esta imposición o recomendación contraria a Derecho.

Un caso un tanto semejante se presenta cuando la imposición tiene por objeto no el precio sino unas condiciones uniformes de contratación.

Una de las modalidades más importantes de estos acuerdos verticales la constituyen, sin duda, aquellos por los que el suministrador limita su propia libertad comercial otorgando una concesión en exclusiva o en que se limita la libertad comercial de los distribuidores prohibiéndoles el suministro o venta de los servicios o bienes de los competidores o limitando la distribución a una determinada zona.

Queda, por último, la referencia a los acuerdos que tienen por objeto la propiedad industrial naturalmente en cuanto puedan afectar a la política de la competencia.

En la práctica, las principales situaciones discutidas han sido aquéllas en que los pactos relativos a la propiedad industrial presenten alguna de las siguientes modalidades: fijación de precios de los bienes a que se refieran los derechos integrantes de la propiedad industrial; limitación del ámbito de utilización de una patente a un territorio o sector industrial o comercial; subordinación a la adquisición de otros bienes o derechos no amparados por la propiedad industrial objeto del contrato; constitución de un pool de patentes para su utilización conjunta o de un fondo común para la defensa de las diferentes patentes de que sean titulares los miembros del acuerdo...

Un supuesto, que constituye a un tiempo un acuerdo vertical y un acuerdo entre competidores, lo constituyen los convenios entre asociaciones de fabricantes y distribuidores reglamentando las condiciones del suministro, ordinariamente, estableciendo una exclusiva de suministro o, al menos, unas mejores condiciones que tienen como contrapartida un compromiso de exclusiva de compra en los distribuidores. Pactos que, muchas veces, se complementan con un acuerdo expreso o tácito de abstenerse de entrar en relaciones comerciales con cualquiera que no cumpla lo convenido.

CAPITULO TERCERO

NOCION DE CONCENTRACION EMPRESARIAL

CLASES Y EFECTOS

Noción de concentración empresarial

A) Necesidad de una diferenciación.

En los apartados anteriores, se ha intentado la descripción de los principales procedimientos seguidos por los empresarios para vincular sus respectivas empresas. Pues bien, dentro de esta amplia panorámica, por una razón, a nuestros fines bien sencilla y definitiva, interesa concretar el concepto de concentración empresarial, menos amplio y comprensivo: en varias legislaciones, las normas por las que se dispone la ordenación jurídica de la competencia contienen preceptos que son de específica aplicación a la concentración empresarial haciendo así obligada y necesaria la fijación de este concepto.

Este es el caso de las legislaciones vigentes en la Comunidad Económico Europea del Carbón y del Acero y en Alemania.

En la C.E.C.A., Los preceptos fundamentales sobre la ordenación jurídica de la competencia son los artículos 65 y 66 del Tratado Constitutivo que se aplica respectivamente a los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas, el primero, y a las concentraciones, el segundo.

El artículo 65 prohíbe, dentro de los límites y con las excepciones correspondientes, tales supuestos cuando tengan por objeto, directa o indirectamen

te, impedir, restringir o falsear el juego normal de la competencia y, el artículo 66, también dentro de los límites del caso, dispone, para las concentraciones, la obligación de obtener previa autorización, condicionada a que no constituyan posición dominante en el mercado.

La Ley alemana actualmente vigente, en - sus artículos 22 a 24, que integran el capítulo 3^a del Título primero, dispone el régimen jurídico aplicable a las empresas en situación dominante, que puede concretarse en la prohibición de los abusos de tales empresas y en la obligación de declarar a las autoridades encargadas de la aplicación de dichas disposiciones determinadas operaciones de concentración.

Régimen jurídico éste diferente al que se dispone para los acuerdos entre empresas y decisiones de las asociaciones de éstas a los que se aplican los artículos 1 a 21, que integran los capítulos 1 y 2 del Título primero, de aplicación respectivamente, el primero a los acuerdos horizontales y el segundo a los acuerdos - verticales.

Y éste es también el caso en la Comunidad Económico Europea y en la legislación española, dado que, como veremos más adelante con detalle, el concepto de concentración es también de interés en el siguiente modo:

En la Comunidad Económico Europea, porque, a la concentración, si puede ser de aplicación el artículo 86 por el que se prohíbe el abuso de posición dominante, no lo es el artículo 85 por el que se prohíben los

acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de éstas y prácticas concertadas, que tengan por objeto o determinen una supresión, restricción o falseamiento - de la competencia.

Y, en la Ley española, porque, a las - concentraciones, al igual que en la Comunidad Económica Europea, si debe entenderse aplicable el artículo 2º, por el que se prohíbe el abuso de posición dominante, no se aplica el artículo 1º, en el que se contiene una prohibición correlativa a la del artículo 85 de la C.E.E. y porque, a semejanza del Derecho alemán, el artículo 23 dispone expresamente la obligación de inscribir en el Registro creado por la misma determinados acuerdos de concentración.

Son también de interés al respecto, las leyes vigentes en Canadá, Japón e Inglaterra.

En la Ley canadiense de 1 de Diciembre de 1.960, la distinción está en los artículos 32 y 33, el primero, relativo a la participación en un acuerdo o concierto en orden a suprimir o reducir la competencia y el segundo, a la concentración.

En la Ley Japonesa de 14 de abril de 1.947 los títulos 2 y 3 se aplican a los acuerdos entre empresarios y decisiones adoptadas por asociaciones de éstos y el título 4 a la concentración que se concreta en los supuestos a que nos referiremos más adelante.

En Inglaterra, a los simples acuerdos se aplica una Ley diferente que a la concentración, regidos aquellos por una Ley de 1.956 y éstos, por una Ley de 1.965.

B) La noción, en sus términos generales.

En general, se dice que hay una concentración empresarial cuando varias empresas se agrupan bajo una dirección económica única, perdiendo cada una su autonomía económica.

Este concepto, como veíamos en el apartado anterior, es particularmente interesante en relación con el Derecho de la Competencia y, de ahí, que haya sido entre los autores que estudian éste o sus aspectos económicos, donde haya surgido, más que entre aquellos que estudian las vinculaciones y relaciones empresariales desde un punto de vista de Derecho privado. (36)

Los supuestos comprendidos dentro del concepto de concentración son: la fusión de sociedades; la transmisión de una empresa a favor de otro empresario por un título diferente de la fusión y los grupos de empresas, dado que, en todos ellos, concurre la nota esencial y característica del concepto, que es la unidad de dirección.

La fusión es el procedimiento de unión - más intenso, por cuanto supone la integración de varias empresas en una sola sociedad, con extinción de la perso

nalidad jurídica de todas las demás, y es causa, a un tiempo, de una unidad económica y jurídica total.

En los casos de transmisión de una empresa en favor de otro empresario por un procedimiento, aunque análogo, diferente de la fusión, según veíamos en su momento, hay también una concentración empresarial. La empresa que se transmite pasa a integrarse en una unidad con la del empresario a cuyo favor se haya efectuado la transmisión, quedando ambas sometidas a una misma dirección.

En fin, en el caso de los grupos empresariales, aunque las distintas empresas conserven su propia independencia jurídica, todas ellas quedan sometidas también a una única dirección en el modo que se explicó con detalle anteriormente. A diferencia de la fusión y de los otros supuestos de transmisión de una empresa, en que las empresas forman una unidad económica al quedar integradas en una sola sociedad y, por tanto, sometidas a la dirección de los órganos de ésta, en el caso de los grupos, las empresas permanecen formalmente independientes, pues sus respectivos titulares tienen una personalidad jurídica propia. Pero, al quedar sometidas a una dirección económica unitaria, el supuesto se unifica con los anteriores en el concepto más amplio de concentración empresarial.

Con relación a este concepto de concentración, cabe repetir, aún con mayor motivo, las mismas re-

servas que se hicieron en su momento al referirnos en general al fenómeno de las vinculaciones empresariales, sobre la dificultad práctica de concretar sus límites en todos sus extremos, en especial, si este estudio se pretende sin referencia a una legislación determinada. Basta al respecto recordar las dudas existentes al tratar de concretar los límites entre los conceptos de grupos y cartels. Distinción trascendental en nuestro caso, dado que, aquéllos, y no éstos se integran en el concepto de concentración empresarial.

A nuestros fines, y dado que la pretensión del estudio se reduce a concretar la posición al respecto de la Ley Española, el concepto que interesa más especialmente es el que pueda contenerse en otras disposiciones legales y muy particularmente en las que tienen por objeto la ordenación de la competencia, a las que pasamos a referirnos a continuación.

C) Concepto jurídico-positivo de concentración en el Derecho comparado.

Dentro del Derecho privado los textos a considerar son fundamentalmente la Ley alemana de Sociedades por Acciones de 1.965 y el proyecto de Estatuto de una Sociedad Anónima Europea elaborado por la Comunidad Económica Europea, dado que tales textos contienen una ordenación de los grupos de empresas, que supera la concepción tradicional de la organización económica: considerar a cada sociedad como un núcleo aislado de las demás

como si no existiesen frecuentemente relacionadas entre las mismas. (37)

La ley alemana, que contiene una ordenación mucho más amplia que el Estatuto antes citado, tiene además un relieve especial dado que la Ley vigente en dicho País sobre restricciones a la competencia inspiró al legislador español en la solución dada al problema de la concentración y en la fijación de este concepto y que dicha Ley parte de la ordenación jurídica establecida en la Ley de Sociedades por Acciones.

En la Ley alemana de Sociedades por Acciones, hay, en este punto, tres grupos de preceptos, que se corresponden con las tres categorías de concentración a que nos hemos referido en el apartado anterior, que pueden ser de interés, relativos a las empresas reunidas, definidas en el artículo 15; a la fusión de sociedades, que define el artículo 339 y el artículo 361, sobre transmisión del patrimonio total de una empresa a otra cuando no hay propiamente un supuesto de fusión.

De estos preceptos, los que en realidad constituyen la innovación del Derecho alemán, son el artículo 15 y los demás referentes a los diversos supuestos a que se remite el mismo, en los que se contiene la ordenación de todos aquellos casos en que las empresas, aun manteniendo su propia personalidad, pueden decirse reunidas o coligadas

Estos supuestos son los siguientes:

Empresas poseedoras de la mayoría y empresas cuya mayoría es poseída (artículo 16); de predominio y subordinadas (artículo 17); konzern y empresas konzern (artículo 18); empresas en situación de participación recíproca (artículo 19); y empresas que sean parte de un contrato de unión de empresas, individualizados por los artículos 291, 292 y 319.

De tales preceptos, el que interesa particularmente a nuestro fines es el del artículo 18 en el que se fija el concepto de empresas honzern, coincidente con el de grupo de empresas a que hemos hecho referencia reiteradamente.

La nota característica del concepto, que anteriormente hemos considerado como la esencial a todos los supuestos de concentración, es la existencia de una unidad de dirección efectivamente ejercida.

El concepto comprende dos categorías, según que exista o no relación de dependencia entre las empresas que lo integran.

El primer caso comprende los supuestos en que una empresa puede ejercer directa o indirectamente un influjo de predominio. La noción se completa con la presunción de que existe un honzern, esto es, de que - existe dirección unitaria, cuando hay dicha relación y con la presunción iuris et de iure de que hay asimismo dirección unitaria cuando las empresas están unidas por un contrato de dirección (artículo 291) o cuando una es-

tá incorporada a otra (artículo 391).

El artículo 339 distingue las dos categorías de fusión de sociedades tradicionales en todas las legislaciones: por absorción y por creación de una nueva sociedad.

En ambos casos, no hay liquidación; en el primero, la fusión se lleva a efecto por transmisión global del patrimonio de una o varias sociedades (absorbidas) a otra (absorbente) a cambio de entrega de acciones de ésta a los accionistas de aquéllas; y, en el segundo, por constitución de una nueva sociedad a la que se transmiten globalmente los patrimonios de las sociedades que se fusionan a cambio de acciones de la nueva sociedad para los accionistas de las sociedades absorbidas.

Por su parte, el artículo 361, se refiere a los casos de transmisión del patrimonio total de una empresa, que no puedan entenderse comprendidos en los supuestos de fusión, y, entre otros, a aquéllos en que, una vez efectuada una transmisión de esta naturaleza, se acuerda la disolución de la sociedad transmitente, para cuyo supuesto se dispone expresamente la aplicación de los preceptos por los que se reglamenta la liquidación.

Por su parte, en el Proyecto de estatuto de una sociedad anónima europea, en relación con las principales categorías de concentración a que reiteradamente hemos aludido, encontramos dos grupos de preceptos de interés; de un lado, el título VII referente a los grupos

de sociedades y, de otro, el título XI relativo a la fusión en el que se detallan los dos procedimientos tradicionales de fusión por absorción y por creación de una nueva sociedad.

La noción de grupo, que también se denomina konzern, se identifica con la dirección única, que a su vez, se presume cuando una sociedad, en relación a otra, dispone de la mitad de los votos; puede nombrar la mitad de los miembros del Consejo de vigilancia o del órgano legitimado para representarla legalmente; cuando, por contrato, puede ejercer un influjo predominante o cuando ejerce de hecho, directa o indirectamente, una influencia preponderante sobre su gestión.

El Derecho francés sobre sociedades comerciales lo integran actualmente la Ley de 24 de julio de 1.966 y el Decreto de 23 de marzo de 1.967. (38)

En estas disposiciones, las normas de nuestro interés son las que se remiten a sociedades filiales, fusión de sociedades y escisión.

La ordenación de las sociedades filiales, que ha de ser calificada como fragmentaria si se la compara con el Derecho alemán, se limita a prohibir las participaciones recíprocas cuando alguna de ellas alcanza un porcentaje del 10% o superior, y a regular, aunque muy parcialmente, los supuestos de participaciones unilaterales de unas sociedades en otras en cuantía superior

al 10%, con distinción según que sean o no superiores al 50%. Esta última ordenación no hace sino disponer la obligación de comunicación de la adquisición de estas participaciones y regular el derecho de información de los accionistas de la sociedad partícipe, en especial en lo que hace a la necesidad de presentar un balance consolidado.

La regulación de la fusión de sociedades se hace distinguiéndola, aunque, luego, en el orden práctico se apliquen con frecuencia los mismos preceptos, al menos en su mayor parte, de la escisión, supuesto éste que, a su vez, comprende las siguientes situaciones: escisión del patrimonio de una sociedad para su aportación a sociedades nuevas o a sociedades existentes; en el primer caso, con referencia expresa, fusión escisión, a la posibilidad de que participen otras sociedades existentes por vía de fusión.

A esta ordenación fundamental hay que agregar la de las sociedades titulares de una convención con el Estado, a que se refiere la Ordenanza de 4 de febrero de 1.959, y la de los grupos de interés económico del 23 de septiembre de 1.967.

Estas normas especiales han surgido, sin duda, precisamente ante la inexistencia de una ordenación completa en Derecho francés de los grupos de empresas. En ambos casos se trata de la constitución de una sociedad por varias otras, que permanecen, en orden a desarrollar en interés común una actividad que las disposiciones del caso limitan más o menos. En el primer caso, las sociedada

des constituyentes, que llegan a un acuerdo con el Estado que les permite disfrutar de un régimen impositivo ex cepcional, han de ser necesariamente sociedades comercia les y de un tamaño limitado, no así en el segundo que su pone también un régimen impositivo especial.

A continuación, consignada la referencia anterior a la concentración empresarial en el Derecho Privado, pasaremos a referirnos a las normas sobre prácticas restrictivas, que más directamente son de nuestro interés, comenzando por la referencia al Derecho Alemán.

Dicha Ley, en sus artículos 23 y 24, dispone la obligación de inscribir en el Registro, que la propia norma reglamenta, determinados acuerdos de concen tración y, en su caso, la obligación de facilitar información sobre dichos acuerdos.

El artículo 23, en su primitiva redacción, en la que se inspiró el legislador español, en lo que in teresa, disponía así:

"Toda concentración de empresas debe ser inme diatamente declarada a las autoridades de con trol, si las empresas intervinientes llegasen a controlar, por medio de la concentración, pa ra una determinada categoría de productos o de servicios comerciales, el 20% del mercado o un porcentaje superior o si cualquiera de dichas empresas controlaba el mercado en dicha propor ción con anterioridad al acuerdo de concentra ción".

Precepto cuya comprensión exige ineludiblemente la fijación del concepto de concentración empresarial, que la propia Ley desarrolla a continuación, del siguiente modo:

"Son consideradas concentraciones de empresas:

1ª Las fusiones con otras empresas.

2ª Las adquisiciones de bienes pertenecientes a otras empresas.

3ª Las adquisiciones de la propiedad de fábricas y talleres pertenecientes a otras empresas.

4ª Los contratos de cesión de explotación y de dirección de explotación relativos a fábricas o talleres pertenecientes a otras empresas y

5ª La adquisición de participaciones de toda clase de otras empresas, en la medida en que esas participaciones, por sí solas o unidas a las que ya detente la propia empresa u otra unda a ella por un acuerdo de concentración en el sentido definido por el artículo 15 de la Ley de Sociedades por Acciones (artículo por el que esta Ley, en su redacción anterior a la actual, concretaba el concepto de honzern a que se remite el artículo 18 de la actual), permitan alcanzar el 25% del capital de otra empresa con derecho a voto".

Este precepto, en su redacción actual, dispuesta en fecha del 15 de septiembre de 1.965, ha sido modificado en algunos extremos de los que son de destacar los siguientes:

La obligación de inscribir los acuerdos de concentración ha quedado establecido no sólo en aquellos casos en que, por razón del porcentaje controlado, ya se disponía así en la redacción primitiva, sino también, con independencia del porcentaje del mercado controlado, en función de la dimensión, en los siguientes términos:

"Si las empresas partícipes, en cualquier momento dentro de los 12 meses precedentes al acuerdo de concentración, hubiesen tenido - 10.000 ó más empleados; un volumen de ventas de 500 millones de marcos o unos activos, por los balances cerrados en el año anterior al - acuerdo de fusión, de 1.000 millones de marcos".

En la redacción primitiva, en lo que hace al porcentaje del mercado controlado, no se preveía expresamente el supuesto de que una empresa partícipe de la concentración forme parte de un grupo de empresas, posibilidad que se reconoce ahora expresamente para los casos en que el grupo constituya un honzern, disponiéndose que habrá de tenerse en cuenta la participación conjunta de todo el grupo.

Consignada la referencia a las leyes alemanas sobre restricciones a la competencia y sociedades por acciones procede ahora indicar la relación entre ellas.

Dada su propia y peculiar finalidad, la Ley de restricciones a la Competencia no es aplicable a todos los supuestos de concentración empresarial, sino solamente a aquéllos que puedan suponer un determinado poder económico por razón de la participación en el mercado de las empresas interesadas o por la propia dimensión objetiva de las mismas. En tal sentido, la Ley de Sociedades por Acciones tiene un ámbito de aplicación mucho más extenso.

Pero, como, en este momento, no tanto interesa esa diferencia, cuanto las que hagan referencia directa al concepto de concentración propiamente tal, en tramos en la consideración de estas últimas.

En la Ley de Sociedades por Acciones distinguíamos tres conceptos, relativos respectivamente a las empresas reunidas, y, dentro de éste, el de grupos de empresas (honzern) del artículo 18; a la fusión de sociedades y a la transmisión del patrimonio total de una empresa en favor de otra en los casos en que dicha transmisión no pueda considerarse como fusión.

Correlativamente, en la enumeración del artículo 23 de la Ley sobre Restricciones de la Competencia, pueden diferenciarse tres supuestos, que se corresponden con las diversas categorías indicadas en el párrafo anterior: el primero, integrado por los Números 4 y 5;

el segundo, por el número 1, y el tercero, por los números 2 y 3.

Los grupos de empresas, cuya constitución incluyen los números 4 y 5 de la enumeración del artículo 23, son distintos de aquéllos a que se remite tanto el artículo 15 como el artículo 18 de la Ley de Sociedades por Acciones, como puede deducirse de la simple lectura de las disposiciones de interés.

La Ley de Restricciones de la Competencia, en la que no se formula expresamente el concepto, entiende existente un supuesto de concentración en dos casos: cuando el vínculo es una participación financiera de un 25% al menos o cuando es un contrato de dirección de explotación o de cesión de explotación, cuya definición habrá que buscar en los artículos 291 y 292 de la Ley de Sociedades por Acciones para identificarlos con los contratos por los que una empresa subordinada a otra la dirección de aquella o lleve a efecto un arrendamiento o cesión de establecimiento.

Por lo que hace a la fusión como procedimiento de concentración, la Ley de Restricciones a la Competencia no hace sino incluir este procedimiento entre los métodos de concentración.

El concepto de fusión habrá que traerlo, pues, de la Ley de Sociedades por Acciones y, en este punto, ambas disposiciones coinciden plenamente.

Las transmisiones patrimoniales, comprendidas en los números 2 y 3 del artículo 23, tienen sin duda un contenido más amplio que el artículo 361 de la Ley de Sociedades por Acciones, que se refiere sólo a la transmisión del patrimonio total de una empresa.

En la interpretación de dichos números 2 y 3, lo fundamental será concretar los casos en que la transmisión patrimonial pueda calificarse de concentración empresarial y no sólo de concentración de capitales.

Por último, haremos referencia a la remisión que al artículo 18 de la Ley de Sociedades por Acciones, esto es, a las empresas honzern o grupos de empresas, contiene el artículo 23 de la Ley de Restricciones a la Competencia.

Esta remisión tiene aplicación en dos casos: para determinar el porcentaje del mercado controlado por las empresas intervinientes en una concentración y, en los casos en que una empresa adquiriera una participación en otra, para concretar el montante de la misma.

En ambos casos, si alguna de las empresas forma parte de un honzern, habrá que considerar el conjunto de las empresas que lo integran y no simplemente la interviniente.

Un concepto de la concentración empresarial, también muy interesante a nuestro fines, se contiene en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica

del Carbón y del Acero.

El artículo 66 de dicho Tratado somete a autorización previa, con la reserva que el propio precepto dispone en el párrafo tercero, toda operación que tenga por objeto directo o indirecto una concentración empresarial con independencia de que se refiera a un mismo producto o a productos diferentes y de que sea efectuada por fusión, adquisición de acciones o elementos de activo, arrendamiento, contrato o cualquier otro medio de control.

Esta definición, además de incluir la enumeración de los supuestos más frecuentes de concentración, aunque de modo no limitativo, que se corresponden con los que hemos consignado anteriormente, fija la nota característica de la concentración en la unidad de control, cuyos elementos constitutivos determina la Decisión de la Alta Autoridad, 24/54 de 6 de mayo de 1954, a los que a continuación nos referimos.

Del inciso primero del párrafo primero de esta Decisión se deduce:

Que es esencial a la unidad de control la posibilidad de determinar las decisiones empresariales en lo que hace a la producción, precios, inversiones, aprovisionamientos, ventas y afectación de beneficios.

Y que, para determinar si existe o no dicha posibilidad, deben tomarse en consideración todos los derechos o contratos que enumera la propia Decisión,

aislados o en conjunto, y en razón siempre de las circunstancias de hecho.

Dichos derechos o contratos son: el derecho de dominio o usufructo sobre la totalidad o parte de los bienes de una empresa; derechos o contratos que confieren un poder de decisión sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de una empresa; derechos o contratos que permiten a una persona, por sí o con otras, administrar los intereses de una empresa; contratos referentes a la contabilización o afectación de los beneficios de una empresa y contratos referentes a la totalidad o a una parte de los aprovisionamientos o ventas de una empresa cuando sobrepasen en cantidad o duración los términos comerciales usuales en la materia.

La unidad de control o de dirección, se repite asimismo en otras legislaciones, como es el caso del Derecho canadiense y británico sobre Prácticas Restrictivas de Competencia.

En Canadá rige actualmente la Ley relativa a las encuestas sobre coaliciones de 1 de diciembre de 1.960 ya citada, que, en su artículo 33, califica como delito, el hecho de participar, contribuir o ayudar conscientemente a la formación o funcionamiento de una fusión o monopolio.

Por su parte, el concepto de fusión viene establecido en el artículo 2, apartado e), en el que se dice, que fusión quiere decir adquisición, por compra o

arrendamiento de acciones o elementos de activo, o de otro modo cualquiera, de un control de la totalidad o de una parte de una empresa de un competidor, suministrador, cliente, o de otra persona, o de un interés sobre la totalidad o parte de una empresa... siempre y cuando dichas operaciones reduzcan la competencia en perjuicio del interés público.

En Inglaterra, en este punto, interesa el Acta de 1.965, sobre monopolios y fusiones, en las secciones 6 a 9, que confiere la posibilidad de que se abra una investigación de los movimientos de concentración en cuanto las empresas interesadas controlen una tercera parte del mercado o posean unas inversiones superiores a los cinco millones de libras.

Agregándose como aclaración a lo anterior, que dos o más empresas deben ser tratadas como una sola cuando lleguen a estar bajo un mismo derecho de propiedad o de control,

Para terminar, haremos referencia a la Ley vigente en Japón, originariamente fechada el 14 de abril de 1.947, en la que se contiene una ordenación separada de las principales manifestaciones de la concentración empresarial.

Tal ordenación viene establecida en el Título 4 de dicha Ley, titulado, Detentación de acciones; interdependencia de Consejos de Administración; fusión o consolidación y transmisión de activos.

Se contiene, pues, así el régimen jurídico de las principales manifestaciones de la concentración, en la que se incluyen los tres supuestos considerados normalmente como tales y, además, la interdependencia de los Consejos de Administración.

En cuanto a la detentación de acciones, la Ley distingue las sociedades de cartera, a las que se identifica con aquéllas cuya principal actividad es el control de otras mediante las participaciones correspondientes, cuya constitución se prohíbe; la detentación por sociedades financieras a las que se prohíbe, a salve autorización, participar en otras sociedades en proporción del 10% o superior y la participación de - unas sociedades en otras, no incluida en los supuestos anteriores, que se prohíbe cuando pueda tener por objeto una restricción importante en una actividad económica o cuando sea consecuencia de prácticas de competencia desleal.

La fusión y la transmisión de activos es tán sometidas a notificación previa y prohibidas cuando puedan suponer una restricción importante en una activi dad económica o sean consecuencia de prácticas de compe tencia desleal.

En fin, la Ley contiene, además, como ya se ha dicho, determinadas prohibiciones referentes a la interdependencia de los Consejos de Administración a - través de una acumulación de funciones en las mismas - personas.

Clases de concentración
desde el punto de vista
económico.

Ya han quedado indicadas las principales formas de la concentración clasificadas según un criterio jurídico, y, ahora, nos referimos a las distintas categorías que pueden distinguirse siguiendo al efecto los criterios económicos más comunes en la doctrina y en las legislaciones, en cuanto pueden servir también a delimitar los problemas planteados por la concentración en relación con la competencia empresarial. (39)

Desde este punto de vista, la clasificación sin duda más frecuente, es la que distingue las si guientes categorías:

Concentración horizontal, en la que las firmas concentradas son competidoras.

Concentración vertical, en que los asociados mantienen una relación de cliente a proveedor.

En este último caso, importa mucho quien absorbe a quien. Si el que absorbe es el proveedor, muy probablemente, habrá una tendencia a considerar al clien te como un cliente cautivo, imponiéndole, de grado o por fuerza, los productos en la cuantía, calidad y precios que convenga.

Pero si el fenómeno se produce a la inver sa, los resultados serán diferentes. La firma, que antes de la concentración actuaba como cliente, podrá reestruc

turar a la proveedora para que le sirva de campo de expe
rimentación.

Y concentración con diversificación, en la que cabe distinguir tres casos:

Diversificación por ampliación de la gama de productos (concentric marketing), en que los asociados tienen la misma clientela pero trabajan bajo tecnolo
gías diferentes.

Diversificación por ampliación de mercado (concentric technology), en que los asociados tienen - clientela diferente pero trabajan bajo líneas tecnológi
cas comunes.

Y diversificación completa, en que son di
ferentes la tecnología y los clientes. Es el caso de los "conglomerate mergers".

En este último caso, la estrategia de la concentración suele tener ó un carácter financiero ó un propósito de eludir indirectamente las leyes anti-trust.

Frecuentemente, pues, se trata de un aglo
merado de actividades diversas, gobernadas por un grupo financiero que las controla, fijando objetivos de rentabilidad y crecimiento pero dejando libertad de gestión.

En cierto modo, es ésta la figura a que siguiera en esquema, responde nuestro generalizado y conocido caso de empresas industriales con un común denomi
nador de grupo bancario, aunque, en algunos casos, los

bancos españoles se contenten con una finalidad más modesta: el descuento del papel de las empresas controladas.

Con referencia al supuesto de concentración más importante, los grupos de empresas, éstos, desde otro punto de vista, también de interés, han sido clasificados en grupos industriales, financieros y personales.

El primer caso se entiende existente cuando varias sociedades con actividades idénticas, próximas o complementarias, que no sean propiamente financieras, son sometidas a una dirección unitaria, ordinariamente ejercida por una de ellas, directa o indirectamente, por el juego de múltiples participaciones financieras.

Dentro de esta categoría se distinguen: de un lado, los grupos horizontales y verticales, que ya hemos examinado y, de otro, en razón de su propia estructura, las participaciones radiales, piramidales y circulares.

En los grupos financieros, un conjunto de sociedades, ordinariamente de actividades muy diversas, quedan sometidas a una dirección económica única que ejerce una sociedad financiera también por el juego de diversas participaciones.

Dentro de esta categoría, a su vez, se distinguen otras varias, según la naturaleza de la sociedad financiera y adquieren un relieve especial los grupos bancarios, cuya importancia es evidente en algunos países, como ocurre en Francia y en nuestra Nación.

Naturalmente, dentro de estas líneas generales, caben varias subclasificaciones y categorías, algunas muy importantes, como son los grupos constituidos para monopolizar una actividad; para restringir la competencia dentro de ella; para dar una solución al crecimiento de la empresa...

Los grupos personales, se caracterizan - por que se consigue la unidad de dirección por la unidad de dirigentes.

Sin embargo, se ha de advertir que, en la mayoría de los casos, estas uniones personales no son si no el reflejo de un grupo industrial o financiero, o más propiamente hablando, un medio de ejercicio de la unidad de dirección en un grupo constituido mediante elementos diferentes, y que en consecuencia, esencialmente han de ser identificados con ellos.

Pero hay casos en que las sociedades son independientes y su único medio de unión es la unidad de sus dirigentes, supuesto en que propiamente nos hallamos en el caso que nos ocupa y en que la unión económica no es sino el resultado de una forma de organización social, la oligarquía.

Efectos favorables y perjudiciales
de la concentración empresarial.

Una vez que hemos expuesto el concepto y clases de la concentración empresarial, pasamos a indicar la naturaleza y trascendencia de los problemas que ha de resolver la política de la competencia con relación a ella.

Esta política ha de tener en cuenta necesariamente una doble circunstancia; de un lado, según se anticipó en un momento, que la concentración empresarial puede reducir la competencia y, de otro, que puede producir efectos económicos muy beneficiosos; aspectos ambos que vamos a considerar brevemente, comenzando por el primero. (40)

Los efectos tan deseables de la competencia empresarial, a que nos hemos referido anteriormente pueden ser total o parcialmente eliminados por medio de simples acuerdos o por la excesiva concentración de poder económico a que ordinariamente se llega mediante los correspondientes acuerdos de concentración.

A menos que el mercado en su totalidad no se expanda, en el momento en que varias empresas llegan a concentrarse, se produce una disminución correlativa en el número de oferentes y, por tanto, en las posibilidades de elección de los consumidores.

Y si la concentración supone además el control de un gran porcentaje de la actividad correspondiente, lleva consigo la constitución de una situación de posición dominante o monopolio en que las empresas concentradas pueden actuar sin preocuparse de las decisiones de los competidores, a los que, a veces, reducen al más absoluto conformismo. Se hacen así, posibles y hasta frecuentes, las prácticas abusivas. Situaciones estas de posición dominante que se han criticado también desde un punto de vista social y político que no interesa directamente ahora.

Por otra parte, la reducción del número de competidores hace más fácil la posibilidad de que puedan concertarse acuerdos restrictivos de competencia.

Incluso hay base para afirmar que la restricción de la competencia en los casos de concentración puede ser más grave que en aquéllos en que sólo existan acuerdos entre empresas independientes, fundamentalmente por las siguientes causas:

En primer lugar, porque el desmembramiento de una situación de concentración de poder económico es más difícil que cuando se trata de un simple acuerdo y, además, porque, en este último supuesto, los efectos del acuerdo pueden venir frustrados por desavenencias entre los contratantes o por la competencia de terceros; desavenencias que no son posibles en los casos de concentración, en los que, además, es mucho más factible llegar a un acuerdo con los terceros competidores.

Cuanto se ha dicho es de aplicación fundamentalmente a los supuestos de concentración horizontal, que son aquéllos más comunmente estudiados, aunque no los únicos en que puede apreciarse una restricción de la competencia, como pasamos a acreditar.

En las concentraciones verticales, en que, como se ha indicado, hay una relación de cliente a proveedor, puede reducirse en efecto la competencia, ya que, como consecuencia de la concentración, todos los posibles competidores en el suministro de referencia o quedarán automáticamente eliminados o, al menos, colocados en una situación menos ventajosa que la empresa concentrada.

Mucho más difícil que en los anteriores supuestos es apreciar las posibles restricciones de la competencia en las concentraciones heterogéneas, en las que, sin embargo, puede existir tal restricción, entre otros, y, principalmente, en los siguientes casos:

Si las empresas concentradas son al mismo tiempo clientes y proveedores de otras es posible que - apoyándose en su posición de clientes, e incluso de suministradores, impongan como proveedoras o clientes a las empresas concentradas (ventas recíprocas) en perjuicio de los demás competidores.

Si alguna de las empresas concentradas no es un competidor actual, pero sí en potencia, hay una reducción de la competencia potencial.

Si las empresas concentradas utilizan los mismos clientes, su situación, una vez realizada la concentración, puede mejorar en relación con la de los restantes competidores, por ejemplo, al poder realizar una propaganda común...

Expuesto, pues, el primer aspecto del problema, entramos en la exposición de los posibles efectos beneficiosos de la concentración empresarial.

Puede suceder que una concentración empresarial, lejos de suponer una restricción de la competencia, mejore la situación competitiva: unas veces, al permitir una mayor homogeneidad entre las empresas competidoras y, con ello, una competencia más efectiva, y, otras, por la creación de un poder compensador, es decir, de una mayor homogeneidad del lado de la oferta y de la demanda.

En todo caso, se ha de tener en cuenta que la concentración empresarial puede ser un medio adecuado, a veces el único posible, para que las empresas alcancen la dimensión óptima, dado que, aunque necesariamente la empresa no debe ser la mayor posible, en la organización económica actual, la gran empresa viene ineludiblemente exigida en gran número de sectores, fundamentalmente para hacer posible la producción en gran escala, la aplicación de los procedimientos tecnológicos mejores y la investigación. (41)

No debe olvidarse que, en la economía actual, domina la competencia internacional, consecuencia de la disminución de aranceles y además obstáculos aduaneros, y del desarrollo de los medios de transporte y comunicación, y la formación de grandes bloques económicos.

Como consecuencia, las empresas han de - adaptarse a mercados cada vez mayores y han de afrontar la competencia de empresas internacionales. Circunstancia ésta que ha puesto de manifiesto las desigualdades entre las empresas de los diferentes países y que ha hecho necesario en muchos de ellos, en general, en todos los europeos, un movimiento de concentración. (42)

Esta competencia internacional supone, además, un aumento de la competencia y subsiguientemente una mayor dificultad en la formación de posiciones dominantes y monopolios.

Como consecuencia de todo lo anterior, la política de la competencia se encuentra, pues, en la necesidad de coordinar ambas exigencias, problema que se presenta en forma muy diferente en los distintos países, que incluso han variado sus orientaciones al respecto a lo largo del tiempo.

La solución indudablemente no puede ser, ni de hecho lo es, igual en todos ellos, como no lo es tampoco la situación económica, con la que ha de guardar una correlación evidente, supuesto que, como dijimos más arriba, la política de la competencia no es sino un aspecto de la política económica general. (43)

El problema anterior en
el ordenamiento jurídico
español.

En España, dentro de las peculiaridades de nuestra situación económica, el problema a que hemos aludido en el apartado anterior está planteado en los propios términos. (44)

En primer lugar, hay una necesidad ineludible de proteger la competencia empresarial, que, como decíamos, puede quedar suprimida, reducida o falseada, entre otros, por los acuerdos de concentración, y hay - también una necesidad no menos perentoria, de no oponerse a la concentración empresarial, aspectos ambos que pasamos seguidamente a considerar.

La necesidad de proteger y limitar las posibles restricciones de la misma, se ha reconocido y puesto en práctica con la Ley de Prácticas Restrictivas de Competencia de 1.963. Pero esta misma necesidad es también un principio recogido en otras varias disposiciones anteriores y posteriores.

Entre las disposiciones anteriores, pueden citarse los artículos 539 y 541 del Código penal y, sobre todo, el artículo 4 de la Ley de 24 de noviembre de 1.939, de Ordenación y Defensa de la Industria; el artículo 75 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 26 de diciembre de 1.957 y el artículo 3 del Decreto

Ley de Ordenación Económica, de 21 de julio de 1.959.(45)

El artículo 4 de la citada Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional, en su apartado d), dispone:

"Cuando la falta de competencia extranjera, por razones permanentes o circunstanciales, pueda crear para la producción española un verdadero monopolio en el mercado interior, el Estado impondrá las condiciones de venta de determinados artículos".

La Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1.957, en su artículo 75 dice:

"Cuando el Gobierno, con informe del Consejo de Economía Nacional considere que en el desenvolvimiento de una actividad industrial o mercantil existen características reveladoras de unión de empresas, convenios de control o reparto de mercados, y en definitiva, cualquier otra circunstancia que permita obtener beneficios superiores a los que se lograrían en régimen de libre concurrencia, podrá adoptar, por Decreto dictado para una actividad determinada, la aplicación de un gravamen complementario que no podrá exceder del 15% de la base imponible. No tendrá aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior cuando las circunstancias a que el mismo se refiere provengan de convenios concertados por iniciativa de la administración".

Por su parte, el artículo 3º del Decreto Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1.959, establece:

"El Gobierno propondrá a las Cortes o dictará, en caso de urgencia, las oportunas disposiciones para prevenir y combatir las prácticas monopolísticas y demás actividades contrarias a la normalidad del comercio y a la flexibilidad de la economía".

Entre las disposiciones posteriores, merecen resaltarse aquéllas por las que se han aprobado los dos Primeros Planes de Desarrollo, la Ley 194 de 28 de diciembre de 1.963 y el Decreto 902 de 9 de marzo de 1.969.

Ambas disposiciones, a este respecto, dicen: que una de las causas que pueden justificar la creación de empresas nacionales, la iniciación de actividades distintas, o el establecimiento de otras plantas industriales en otras áreas geográficas, es la conveniencia de impedir o restringir prácticas restrictivas de competencia; y que la protección que el Estado debe prestar a la agrupación de empresas, fusión de instalaciones y a todas cuantas acciones empresariales redunden en la formación de unidades de producción y de procesos de distribución más adecuados, se condiciona a que no constituyan prácticas restrictivas de competencia.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que, en general, todas las disposiciones por las que se

protegen los procesos de concentración, lo hacen siempre de un modo condicionado. Así, por ejemplo, en los artículos 135 y 107 de las Leyes de Reforma Tributaria de 1.957, y en el artículo 1ª del Decreto de 25 de noviembre de 1971, concediendo determinados beneficios fiscales a la concentración empresarial, a las que se hará referencia más adelante.

En el primero de estos preceptos, la protección está condicionada a que tales actos de concentración, sin tener carácter de monopolio, beneficien a la Economía Nacional, términos que repite textualmente el artículo 107 de la Ley de 1.964 y el artículo 1ª del Decreto de noviembre de 1.971.

Esta misma preocupación puede verse en la Ley 196 de 1.963 sobre asociaciones y uniones de empresas, que exige la libertad de mercado como requisito necesario para su aplicación y que condiciona el otorgamiento de los beneficios correspondientes al informe favorable de diversas instituciones.

En este mismo sentido, la Orden de 5 de abril de 1.965, dictada para reglamentar la aplicación de los artículos 135 y 107 de las Leyes de Reforma Tributaria antes citadas, en las normas 6 y 8, dispone que la concesión y, previamente los informes del caso, habrán de atender, entre otros, al posible carácter monopolístico.

Por último, pueden citarse también el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1.955, en su artículo 1^a y el artículo 63 de la Ley de Contratos del Estado.

Aquél faculta a los Ayuntamientos para intervenir la actividad de sus administrados, entre otros, en los casos a que se remite el número 2, que dice así:

"En materia de subsistencias, además, para asegurar el abasto de los artículos de consumo de primera necesidad,..., la normalidad de los - precios y la libre competencia entre los suministradores y vendedores".

Por su parte, el art. 63 de la Ley de Contratos del Estado dispone que:

"los servicios no podrán ser contratados en régimen de monopolio salvo que una Ley lo autorice expresamente".

Por su parte, la necesidad de proteger la concentración, y aun la cooperación empresarial, en cuanto pueden mejorar las dimensiones empresariales y aumentar la productividad de las empresas, está reiteradamen- te recogida en numerosas disposiciones a las que pasamos a referirnos a continuación con la debida separación y sin ánimo de agotar la materia.

a) Disposiciones de carácter general.

Como precedentes más remotos pueden citarse: La Ley de 24 de noviembre de 1.939, sobre ordenación y defensa de la industria nacional, artículo 4; el Decreto de 10 de febrero de 1.940, sobre protección a la industria de interés nacional, artículo 4; el Decreto de 6 de octubre de 1.947, por el que se reorganiza la industria textil y disposiciones que lo complementan y el Decreto Ley de 23 de noviembre de 1.962, al señalar en su artículo 11, las directrices en este punto - del Plan de Desarrollo.

La Ley 194 de 1.963, aprobando el primer Plan de Desarrollo, y el Decreto Ley de 1.969, por el que se aprueba el Texto Refundido del Segundo Plan, que, en sus artículos 25 y 60, respectivamente:

"El Estado favorecerá... las ~~agrupaciones~~ agrupaciones de empresas, fusión de instalaciones y todas cuantas acciones empresariales redunden en la formación de unidades de producción más adecuadas". (45 bis.)

b) Disposiciones de carácter fiscal.

Los Primeros precedentes son el artículo 135 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 26 de diciembre de 1.957, que se cita en la Exposición de Motivos de la Ley de Prácticas Restrictivas de Competencia, y las diferentes disposiciones dictadas en aplicación del mismo, fundamentalmente la Orden de 12 de abril de 1.960.

Dicho artículo dispone así:

"Se autoriza al ministro de Hacienda para conceder, previo informe de la Organización Sindical, exención del Impuesto de Timbre, Derechos reales y Emisión de valores mobiliarios a los actos de constitución de sociedades o de integración de empresas agrícolas, industriales o comerciales, cuando tales actos de concentración, sin tener carácter de monopolio, beneficien a la economía nacional".

La Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1.964 también es del mayor interés en este punto, dado lo dispuesto en sus artículos 107, 108 y 230.

El artículo 107, ampliando los beneficios concedidos por el artículo 135 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1.957, dispone:

"1. El Ministerio de Hacienda, previo informe de la Organización Sindical, dictará las normas reguladoras de la concesión de la exención del impuesto sobre sociedades, respecto de las plusvalías a que puedan dar lugar la concentración o integración de empresas agrícolas, industriales o comerciales, siempre que la concentración o integración, sin tener carácter de monopolio beneficie a la economía nacional.

2. Si en virtud de la integración a que se refiere el número anterior fuesen disueltas las sociedades cuyos patrimonios hayan sido integrados, el Ministerio de Hacienda podrá conceder una bonificación del 90 por 100 del impuesto sobre las rentas del capital que corresponda a la distribución de reservas procedentes de las plusvalías originadas a consecuencia de la concentración llevada a cabo, siempre y cuando la disolución tenga lugar en plazo no superior a dos años, contados a partir de la fecha en que la concentración se realice.

2. Por el Ministerio de Hacienda se regulará la forma en que la bonificación que se señala en el número anterior deba repercutir en el impuesto general sobre la renta de las personas físicas".

En el artículo 108, se establece:

"Cuando diversas personas, sean físicas o sociedades o entidades jurídicas, se asocien para la realización de alguna actividad en común que favorezca el ejercicio de la propia, sin llegar a constituir una personalidad jurídica independiente, disfrutarán de la exención del impuesto sobre sociedades las asociaciones así constituidas, al amparo de las normas que sobre el particular dicte el Ministerio de Hacienda, siempre que cada una de las personas físicas y so-

ciedades tributen efectivamente por el impuesto general o a cuenta que les pueda corresponder".

En fin, el artículo 230 interesa en cuanto que, por Decreto, se dispondrá la adaptación a lo establecido en la citada Ley, de determinados regímenes especiales y, en particular, de las sociedades de inversión mobiliaria; asociaciones de agricultores y ganaderos oficialmente protegidos; concentraciones y uniones de empresas de interés económico y uniones temporales de empresas.

En el mismo sentido, son de interés:

La Orden de 5 de abril de 1.965, dictada en aplicación del artículo 135 de la Ley de 1.957 y 107 de la de 1.964.

La Ley de 28 de diciembre de 1.963, sobre sociedades de empresas, uniones temporales y cesión de unidades de obra, cuya redacción se adaptó a la Ley de Reforma Tributaria de 1.964 por el Decreto de 27 de julio de 1.964, la Orden de 25 de enero de 1.964 y el artículo 4 del Decreto de 26 de julio de 1.967, sobre la misma materia, por los que se establecen determinados beneficios fiscales y financieros de aplicación a los tres supuestos antes indicados en cuanto estén comprendidos en dichas disposiciones.

Decretos Leyes de 3 de Octubre de 1.966 y 26 de julio de 1.967, ambos ampliando los beneficios

concedidos a la concentración empresarial y extendiendo los supuestos a que deben entenderse aplicables tales beneficios. Y, en fin, el Decreto de 25 de noviembre de 1971, sistematizando todas las normas por las que se regulaban los beneficios fiscales para las concentraciones de empresas y concediendo a éstas los beneficios reconocidos por la Ley de Industrias de Interés Preferente de 2 de diciembre de 1.963.

c) Disposiciones sobre acción concertada, en las que puede comprobarse también la misma orientación que comentamos.

Así, en el régimen de acción concertada para las industrias navales, que se rige por la Orden de 26 de julio de 1.967, que, entre otros extremos de interés, en el apartado, objetivos empresariales, dice: los objetivos industriales y sociales ya considerados deberán lograrse principalmente a través de la fusión de empresas o de la incorporación de activos separados de otras y en último extremo mediante la asociación de empresas y que, para que las empresas puedan tener acceso a la acción concertada, será preciso que los grupos resultantes de la fusión o asociación hayan tenido las producciones mínimas que allí se dicen.

Y también en el sector de la piel, cuya reglamentación al efecto establecen fundamentalmente la Orden del 22 de Agosto de 1.964 y la del 21 de junio de 1.968.

En estas disposiciones, al señalarse los objetivos, se incluye; reestructurar las empresas del sector, mediante la concentración o ampliación de instalaciones, la fusión de empresas, o el establecimiento de servicios comunes a varias de ellas...

Y en el mismo sentido, las demás disposiciones sobre la materia: orden de 22 de agosto de 1.964, para las industrias siderúrgicas; orden de 20 de marzo de 1.965 en el sector hullero; Orden del 17 de julio de 1.965, para el sector papel y carbon; Orden del 16 de agosto de 1.965, en relación con las fábricas de harinas...

d) La Ley 83 de 1.968, del 5 de diciembre, por la que se establecen normas especiales para la fusión de sociedades en los casos en que se haya otorgado el régimen de acción concertada o concedido beneficios fiscales, dictada, como se dice en el Preámbulo, vista la conveniencia para la economía nacional de acelerar el proceso de concentración de empresas.

e) Las disposiciones por las que se establece el régimen sobre instalación, ampliación, traslado y clasificación de industrias, integradas actualmente por el Decreto 1.775 de 1.967 del 22 de julio y el Decreto 1.776 de la misma fecha, sobre todo, en cuanto condicionan en muchos casos la instalación o ampliación a que se alcancen determinadas dimensiones mínimas.

f) Disposiciones sobre carta del exportador y ordenación comercial de la exportación.

La ordenación de la carta del exportador se contiene fundamentalmente en el Decreto 738 de 1.966, del 24 de marzo; en la Orden de 10 de noviembre de 1.966 y en la Orden de 16 de noviembre de 1.966.

Del Decreto 738 de 1.966 interesan fundamentalmente los artículos 2 y 8. El primero, por el que se condiciona la concesión de la carta del exportador en favor de las empresas que hayan alcanzado unos determinados mínimos y, el segundo, en cuanto dispone que para gozar de la carta del exportador podrán agruparse con carácter permanente dos o más comerciantes individuales, - sociedades o entidades jurídicas...

La Orden de 10 de noviembre de 1.966, apartado 4, entre otros, dice: que podrán totalizar sus respectivas cifras de exportación las empresas que en el momento de la petición hayan decidido canalizar con carácter permanente sus ventas al exterior a través de una - única unidad de comercialización o central común de ventas, sea mediante su fusión, o creación de una sociedad comercial, o establecimiento de una sociedad de empresas al amparo de la Ley 196 de 1.963 o creación de una asociación sin llegar a constituir una personalidad jurídica independiente al amparo del artículo 108 de la Ley de 11 de junio de 1.964 de Reforma del Sistema Tributario.

La ordenación comercial de los sectores de exportación se rige fundamentalmente por el Decreto Ley de 30 de noviembre de 1.967, del que interesa, la Ex

posición de Motivos y los tres primeros artículos. Estos al disponer que los respectivos sectores estarán integrados por el conjunto de entidades, empresas o grupos de empresas exportadoras y en cuanto establecen las bases de una regulación unitaria, incluido el órgano de gobierno correspondiente.

Posteriormente se ha dictado el Decreto 1.497 de 1.968, de 4 de julio, que es del mayor interés en este punto, en cuanto dispone y regula la reglamentación de los beneficios fiscales del Decreto Ley 11 de 1.967, sobre medidas fiscales para fomentar la reestructuración y concentración de empresas, a todas aquéllas a que sea de aplicación el régimen jurídico de la organización comercial a la exportación.

g) Ordenes de 3 de julio de 1.968 de 15 de julio de 1.970, y de 18 de febrero de 1972, sobre financiación del crédito para la construcción y renovación de la Flora Mercante, que establecen como requisito necesario para poder optar a la concesión de crédito alcanzar las dimensiones empresariales mínimas que en dichas disposiciones se establecen bien respecto de la propia empresa, bien por asociación, fusión o agrupación de varias empresas y conceden determinadas ventajas en los casos en que se superen los requisitos mínimos en en 100 por 100 mediante la concentración empresarial.

En este mismo sentido, podrían también -
traerse los precedentes de tales disposiciones en que -
siempre se consideró como un criterio positivo a tener
en cuenta en la distribución de los créditos navales, que

se procediese a la concentración empresarial.

Y, también en el mismo sentido, las Ordenes de 31 de diciembre de 1.968, 15 de julio de 1.970, y 18 de febrero de 1.972, sobre financiación del crédito para la construcción y renovación de la flota pesquera.

Esta necesidad de coordinar la protección de la competencia sin oponerse a la concentración empresarial, es hoy mucho más acuciante que nunca, dado que nuestra economía, como en general la de todas las naciones, está dominada por las exigencias inherentes a una liberación creciente de nuestras fronteras y a una integración en el Mercado Común ya decidida, que parecen ser por otra parte, completamente indispensables a su correcto desarrollo.

Esta necesidad ha sido puesta de manifiesto por la O.C.D.E. en todos sus informes sobre España y ha sido corroborada por la realidad con los rápidos progresos de la economía española a partir de la puesta en práctica de un plan de liberalización de 1.959.

Con tal liberalización y con tal integración, el problema fundamental de la economía española se ha modificado, pues, si hasta hace un período de 10 años las dificultades de nuestra economía eran principalmente de suministro y de fabricación, ahora, comienzan a ser cada vez más ~~más~~ las derivadas de la competencia internacional.

Agréguese que, con la integración en el Mercado Común, estamos a un paso de una competencia en plan de igualdad con los países más industrializados de Europa Occidental, que abrirá nuevos mercados a nue
stros productos, pero que está obligando a nuestra indus
tria a una reestructuración fundamental (46).

CAPITULO CUARTO

DERECHO COMPARADO SOBRE LA CONCENTRACION
EMPRESARIAL Y LA POLITICA DE LA COMPETEN
CIA - CONSIDERACION ESPECIAL DEL SISTEMA
DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA.

Antecedentes históricos y
tendencias legislativas -
Consideraciones generales

En el capítulo anterior, se han planteado los diferentes problemas que la concentración empresarial presenta a la política de la competencia y, en éste, van a considerarse las distintas tendencias legislativas sobre tales problemas.

En determinadas épocas históricas, existió, en algunas legislaciones, una fuerte tendencia a favorecer, y hasta imponer, la concentración empresarial, como es el caso de Alemania, Inglaterra e Italia.

En Alemania, tradicionalmente, los acuerdos entre empresas, en su más amplio sentido, se consideraron válidos al amparo del principio de libertad contractual, a no ser que pudieran entenderse contrarios a la moral. El Tribunal Supremo, confirmando esta tendencia, en su sentencia de 4 de febrero de 1.897, vino a estimar que el principio de libertad de comercio, expresamente recogido por la legislación, no debía considerarse en oposición con los acuerdos de concentración ni con los acuerdos restrictivos de competencia.

En 1.923, tras diversas tentativas en el Parlamento y de la finalización de una encuesta pública que se completó en 1.905, se aprobó una Ordenanza que constituye la primera disposición alemana por la que se regula expresamente esta materia, aunque de un modo muy fragmentario.

Dicha Ordenanza confería la posibilidad de impedir ciertas prácticas abusivas, pero no la de controlar las prácticas restrictivas, ni las monopolísticas y tenía, por tanto, un alcance muy limitado, que se restringió aún más en su aplicación.

Durante el período Nacional-Socialista, la Ordenanza anterior, que, como se ha dicho, tuvo siempre una aplicación y una extensión muy limitadas, fué aún menos importante: La concentración y los acuerdos empresariales en muchos casos se declararon obligatorios como un medio de alcanzar los objetivos económicos estatales en una economía planificada.

Tras la segunda guerra, por consecuencia de los acuerdos de Postdam, los aliados instituyeron un programa de descartelización y desconcentración de la economía germana, que afectó principalmente a las instituciones bancarias y a las siguientes actividades industriales: carbón; acero; química y cinematográfica.

Tales disposiciones, diferentes según las distintas zonas de ocupación, estuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley actual, de 27 de Julio de 1.957, el primero de enero del año siguiente.

La promulgación de esta Ley, cuyos preparativos se iniciaron en 1.948, se vió muy favorecida al haberse instaurado en la política económica del Canciller Erhard el principio de libertad de mercado y por las ideas neoliberales de los economistas, pero hubo de luchar con-

tra la oposición de los hombres de empresa. Constituye la primera ordenación completa de la materia en Alemania y una excepción a la tendencia tradicional germánica que acabamos de apuntar.

En Inglaterra, como en Alemania, también han sido favorecidas las concentraciones empresariales - en determinadas épocas, fundamentalmente durante las dos guerras europeas.

La segunda guerra mundial supuso para Inglaterra un gran esfuerzo. Desde el segundo año de hostilidades, en el orden económico, el esfuerzo se orientó hacia la concentración de la producción y distribución, con el propósito de liberar el mayor número posible de trabajadores de las empresas civiles en favor de las de armamento. Esfuerzo éste que cristalizó en el llamado - Plan de Lyttleton publicado en marzo de 1.941.

En la actualidad, en lo que hace a las - concentraciones empresariales, rigen la Ley de Monopolios y Prácticas Restrictivas de 1.948 y la Ley de Monopolios y Concentraciones de 1.965. Estas disposiciones, entre - otros, permiten la realización de encuestas por la Comisión de Monopolios, que instituyó la Ley de 1.948, y que se pueda decretar la prohibición de las concentraciones que se estimen contrarias a los intereses públicos.

Con ello, éstas y las demás normas de interés en lo que hace a la política de la competencia representan una excepción a la tendencia histórica del Derecho inglés.

El caso de Italia, fundamentalmente en sus precedentes históricos, puede ser también el de un país en que se protege la concentración empresarial.

En cuanto a sus precedentes, interesa, sobre todo, la Ley de 46 de junio de 1.932, que favorecía y hasta imponía las concentraciones.

Y, en su situación actual, interesan, de un lado, el artículo 41 de la Constitución y, de otro, los artículos 2.616 y 2.617 del Código civil. La Constitución, al disponer que la competencia no debe lesionar los intereses públicos y el Código civil, en cuanto admite que la autoridad gubernativa pueda imponer un consorcio cuando así lo exija la debida organización de la actividad productiva (47).

En la actualidad, la norma general es que la política de la competencia se oriente en uno de estos dos sentidos: a prevenir los efectos que las situaciones de poder económico pueden suponer o a corregir tales efectos.

En el primer caso se impide la formación de situaciones que supriman o restrinjan la competencia mediante la prohibición de ciertos actos de concentración empresarial y hasta se permite a veces, como es el caso de los Estados Unidos, que se imponga el desmembramiento de las situaciones de posición dominante o monopolio.

Este método se funda en el control de la estructura del mercado y sus defensores afirman que es necesario preocuparse de la misma, porque, una vez constituida una situación de monopolio o posición dominante, no es posible controlar sus efectos.

Por su parte, las legislaciones del segundo grupo permiten la formación de situaciones de posición dominante, sin oponerse a los actos de concentración de empresas ni imponer el desmembramiento de las situaciones de monopolio o posición dominante, y se limitan a controlar las prácticas comerciales de aquellas empresas que estén en tal situación de posición dominante o monopolio.

Este método tiene como base el comportamiento de las empresas y no la estructura del mercado y es defendido argumentando que un método basado en la estructura del mercado, sobre todo en los países pequeños, puede perjudicar el rendimiento empresarial y que basta, desde luego, con el control del comportamiento.

A veces, ambos métodos se combinan un tanto.

En lo que hace a las legislaciones del primer grupo, por cuanto completan las medidas por las que se prohíben ciertas concentraciones y, a veces, la situación de monopolio o de posición dominante en sí

mismas, con la prohibición de determinadas prácticas abusivas.

De la misma manera, algunas legislaciones del segundo grupo, no estimando suficiente el criterio principal, en este caso, basado en el comportamiento empresarial, completan la prohibición de las prácticas abusivas con medidas de otra naturaleza, ordinariamente, haciendo obligatoria la inscripción de las situaciones de poder económico o de los procesos de concentración de que puedan resultar las mismas. (48)

Sistemas jurídicos basados en
el control de la estructura
del mercado.

Dentro de este grupo de legislaciones, a su vez, fundamentalmente pueden distinguirse dos criterios, según que permitan o no valorar, a efectos de la aplicación de la norma que prohíbe determinadas concentraciones, los posibles efectos positivos de éstas.

La restricción de la competencia es siempre, aunque se exprese en forma diferente (reducción notoria de la competencia, constitución de una posición dominante o monopolio ...), elemento constitutivo de la prohibición.

La diferencia radica en que, en algún caso, el de Estados Unidos, no se admite que pueda entenderse justificada una concentración que reduce notoriamente la competencia empresarial, en razón de sus posibles efectos positivos, y sí, en otros, como el de Inglaterra y Canadá, según se verá en su momento.

De entre todas las legislaciones que vamos a considerar en este apartado, la más rigurosa es la de los Estados Unidos, donde el poder creciente de los trusts y de las grandes empresas y la decadencia progresiva de la competencia han sido siempre, y siguen siendolo hoy, de los temas más importantes y polémicos de la vida económica y política de la Unión. (49)

El derecho americano sobre prácticas restrictivas está integrado por disposiciones federales y disposiciones de los diferentes Estados. Entre las primeras, en este punto, interesa principalmente la Ley Clayton, modificada por la Ley Celler-Kefauver en 1.960, en su artículo 7º, que prohíbe:

"Las concentraciones empresariales en cuanto supongan un riesgo de una disminución notable de la competencia o una tendencia a la creación de un monopolio en una rama cualquiera dentro de una región del País".

Aunque esta disposición no ha sido inter

pretada de un modo uniforme por la jurisprudencia y la doctrina, a nuestros fines, es posible entresacar algunas conclusiones que nos permitirán delinear los aspectos fundamentales del Derecho americano en el tema que nos ocupa. (50)

Dicha prohibición se ha entendido aplicable en las concentraciones horizontales, en las concentraciones verticales y en ciertas concentraciones heterogeneas y constitución de filiales comunes, aspectos todos a que pasamos a referirnos.

Con relación a las concentraciones horizontales el Tribunal Supremo norteamericano, a partir de la sentencia dictada en el proceso Etats-Unis contra Philadelphia Bank, ha elaborado un nuevo criterio por virtud del cual una concentración ha de presumirse ilegal en función del porcentaje del mercado correspondiente detenido por las sociedades partícipes y de la tasa de concentración que ofrezca el mismo.

Como precedente, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo en el proceso contra Brown Shoe. En esta sentencia, el Tribunal, considerando que, en la legislación no existe ningún criterio, cualitativo o cuantitativo, que de un modo preciso permita determinar si la concentración tendrá o no como efecto una reducción notable de la competencia, declara que la apreciación

debe hacerse en función de la situación de la rama comercial a que afecte la concentración.

Y, en consecuencia, considera como circunstancias de interés al efecto, siempre con relación a dicha rama, las siguientes: si predomina la dispersión o la concentración empresarial; si puede apreciarse una tendencia creciente en las empresas principales a aumentar su poder económico; si los suministradores y clientes llevan a efecto fácilmente sus compras o suministros; y si hay o no posibilidad de un acceso al mercado para los nuevos competidores. Circunstancias todas que tendrán una importancia variable según las circunstancias de cada caso.

Con relación al porcentaje detentado por las empresas partícipes, los Tribunales americanos no han admitido la legalidad de los procesos de concentración por haber detentado las empresas interesadas un porcentaje conjunto del 20 por ciento. Y, en algún caso, no siendo dicho porcentaje sino del 9 por ciento. En este último supuesto, considerando que ninguno de los restantes competidores detentaba una participación superior al 10 por ciento (51)

Por su parte, el reconocimiento de que la existencia de una tendencia creciente a aumentar la concentración ha de estimarse necesariamente como un crite

rio negativo se hace por el Tribunal en la propia sentencia anteriormente citada dictada contra The Philadelphia Bank, en la que se estima que una fusión de la que resulte una empresa que controle en un grado excesivo el mercado y que se traduzca por un aumento notable en el grado de concentración supone, a salvo prueba en contrario, una reducción notable de la competencia en dicho sector.

Posteriormente, el propio Tribunal, en varias otras sentencias, ha vuelto a insistir con más claridad en la necesidad de tomar en consideración la tendencia a la concentración existente en un determinado mercado. A tal efecto, habrá que considerar, de un lado, la progresión del porcentaje controlado por las empresas más importantes y, de otro, el aumento o reducción del número de competidores y, de ahí, que los Tribunales americanos no hayan admitido a veces ciertas concentraciones a pesar de que las empresas intervenientes controlaban porcentajes muy reducidos en el mercado correspondiente. (52)

Estos criterios, de indudable sencillez, encuentran su fundamento, recogido por la jurisprudencia americana, en la necesidad de aplicar la Ley de una manera práctica y realista.

Los Tribunales deben compaginar una doble exigencia: por una parte, la necesidad de cumplir las

orientaciones legales y, por otra, la necesidad de presentar un criterio práctico que permita a los hombres de empresas preveer las consecuencias legales de cualquier concentración que proyecten. Extremo éste que no sería posible si hubiese de esperarse en cada caso la conclusión correspondiente de los resultados de un exámen profundo de todas las circunstancias del sector.

En las directrices del Ministerio de Justicia sobre este particular, se dice que el Ministerio de Justicia se opondrá a las concentraciones horizontales en los casos siguientes:

En un mercado con un grado de concentración elevado, es decir, en un mercado en que la tasa de participación de las cuatro empresas más importantes sea aproximadamente del 75%, cuando los porcentajes detentados por las empresas absorbentes y absorbidas sean respectivamente:

4 y 4 por ciento; 10 y 2 por ciento; y 15 y 1 por ciento.

Estos porcentajes se aumentan en los casos en que la tasa de participación sea inferior al 75% en los siguientes términos:

5 y 5 por ciento; 10 y 4 por ciento; 15 y 3 por ciento; 20 y 2 por ciento y 25 y 1 por ciento.

En tales directrices, se dice también expresamente que el Ministerio se opondrá siempre que se

note una tendencia importante en favor de la concentración en la rama correspondiente, agregando a continuación, que se entenderá existente tal supuesto si las principales empresas del sector hubieran aumentado en un 7% su participación en los últimos cinco años y alguna de ellas absorbiese a otra que detente un 2% de participación.

Independientemente de dichos supuestos, el Ministerio público anuncia su oposición por circunstancias especiales, y así y, entre otros, cuando la concentración se pretende entre una empresa importante y otra que es, o puede ser, un competidor efectivo por un motivo especial, como por ejemplo, por ser titular de una patente nueva. (53)

Las concentraciones verticales, en cuanto suponen una relación de cliente y proveedor, determinan ordinariamente la exclusión de los competidores que, de otra suerte, hubiesen tenido una posibilidad equitativa de suministrar a la empresa concentrada, y, con tal exclusión, un falseamiento de la competencia. (54)

Con referencia a este tipo de concentraciones, la jurisprudencia no ha elaborado, como en el anterior, unos criterios definidos basados en los porcentajes de participación en el mercado de las empresas y en el grado y tendencia de concentración del mismo. No obstante, estos criterios han jugado en todas las sentencias del caso un papel importante, ya que, para que puede

da decirse que los efectos anticompetitivos son notables, que es como se sabe, elemento constitutivo de la prohibición se hace necesario siempre acreditar el porcentaje de participación de las empresas en el mercado correspondiente y, en su caso, el grado de concentración de éste.

En lo que hace al porcentaje del mercado, los aspectos a considerar son dos: de un lado, el que represente la empresa suministrada y, de otro, la suministradora.

En las Directrices del Fiscal del Tribunal Supremo, se dice expresamente que a efectos de determinar si una concentración reduce notablemente la competencia en lo que hace al mercado del suministrador, se ha de tener en consideración: el porcentaje de participación en el mercado detentado por el suministrador; el porcentaje detentado por el adquirente y las condiciones de acceso al mercado.

Y, en principio, el Ministerio Fiscal anuncia que se opondrá si las ventas del suministrador representan al menos un 10 %, y el volumen de compras de la empresa adquirente integrada un 6%, a no ser que sea notorio que ningún obstáculo evidente impide el suministro a los restantes competidores de la empresa suministradora que se haya concentrado.

En lo que hace a los posibles efectos anticompetitivos en el mercado de la empresa adquirente, el Fiscal anuncia que su oposición se ejercerá si el adquirente participa en un 10% del mercado correspondiente y si el su-

ministrador lo es de un producto importante para la actividad del adquirente y alcanza un volumen de ventas del 20% de su mercado.

Con independencia de toda participación en el mercado, se anuncia también la oposición cuando hay una tendencia notoria a la integración vertical en una determinada rama y la concentración la pretende una empresa importante. (55)

Con relación a las concentraciones heterogéneas, por la jurisprudencia y por las Directrices del Ministerio Fiscal, se ha estimado que los posibles efectos anticoncurrenciales son dos: las compras recíprocas y la supresión o reducción de una competencia potencial en los casos en que una de las empresas concentradas pueda ser calificada efectivamente como un competidor potencial importante.

Es indudable que, si las empresas concentradas, con referencia a otras, están en una doble relación de suministradoras y compradoras, podrán prevalecerse de esta circunstancia, especialmente en cuanto compradoras, para imponer unos determinados suministros y que tal imposición constituye un falseamiento de la competencia, como ha sido reconocido, como decíamos al principio, por el Tribunal Supremo y el Ministerio Fiscal.

En todo caso, será siempre necesario que la reducción o falseamiento de la competencia pueda decirse importante. En este sentido, las Directrices del Minis-

terio Fiscal expresamente anuncia la oposición del mismo, entre otros, cuando un 15% o más del volumen de compras en el mercado en el que es vendedora una de las empresas concentradas es realizado por empresas que son asimismo importantes suministradoras en el mercado en que la otra empresa concentrada juega un papel preponderante en cuanto compradora.

A la supresión o reducción, siempre y cuando pueda decirse importante, de una competencia potencial, - las Directrices del Ministerio Fiscal, se refieren en los siguientes términos:

La oposición del Ministerio Fiscal está - condicionada, de un lado, a que pueda considerarse que una de las empresas concentradas hubiese accedido, de no producirse la fusión, al mercado de la otra, y , de otro, a que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

que cualquiera de las empresas detentase una participación del 25% en el mercado correspondiente;

que una cualquiera de las empresas sea una de las más importantes del sector y que la participación conjunta de éstas dos sea del 50%.

.....

..... (56)

Esta misma circunstancia de la supresión o reducción de una competencia potencial es la que ha permitido a la jurisprudencia prohibir, a veces, la constitución -

de empresas comunes. (57)

En todo caso, y con aplicación, por tanto, a los supuestos aludidos, esto es, concentraciones horizontales, verticales y heterogéneas, la jurisprudencia ha declarado que han de tomarse en consideración siempre tanto los productos nacionales como los precedentes del extranjero.

Supuesto este principio, resulta que, en algunos casos, no habrá lugar a oponerse a ciertas concentraciones entre empresas americanas que de otra suerte habrían de entenderse prohibidas y, en otros, no podrán autorizarse determinadas concentraciones de empresas americanas con empresas extranjeras. (58)

Los posibles efectos formales de las concentraciones empresariales, como ya se ha dicho, no han sido admitidas por la jurisprudencia, ni por el Ministerio Fiscal como causas bastantes para justificar la legalidad de una concentración que reduzca notoriamente la competencia empresarial.

El Tribunal Supremo americano ha declarado expresamente que no corresponde a los Tribunales resolver el problema de si puede o no estimarse compensados los efectos negativos inherentes a la reducción de la competencia - por las consecuencias positivas que puedan esperarse.

Este problema ha sido resuelto por el Congreso que, al promulgar el artículo 7 de la Ley Clayton en su redacción actual, ha decidido mantener la competencia en nuestra organización ~~económica~~ y ha condenado las concentraciones que restrinjan notablemente dicha situación, lo mis-

mo si sus efectos son nocivos, como en otro caso, plenamente consciente de que mantener la competencia empresarial en tales términos no puede lograrse sin que haya de pagarse el precio correspondiente (59).

La segunda legislación a considerar es la de la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero, que prohíbe, en el artículo 66 del Tratado Constitutivo, todas las concentraciones empresariales de una cierta importancia a no ser que sean autorizadas expresamente. (60)

Dicha autorización se deniega si como consecuencia de la concentración las empresas adquiriesen el poder de determinar los precios, de controlar o restringir la producción o la distribución, de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en una parte sustancial del mercado de dichos productos o de eludir las normas de competencia resultantes de la aplicación del Tratado, en este último supuesto, fundamentalmente, por la creación de una posición privilegiada que suponga una ventaja sustancial en lo que hace a aprovisionamientos o ventas.

En esta apreciación, de conformidad con el principio de no discriminación del artículo 4, apartado b), se ha de considerar y valorar la importancia relativa de las restantes empresas competidoras, para evitar o corregir las desigualdades que pudieran existir o producirse en las condiciones competitivas de las mismas.

A diferencia de los Estados Unidos, - el criterio definitivo para determinar la legalidad de la concentración no es, sin más, que pueda o no decirse existente una reducción sustancial de la competencia empresarial.

El mercado del carbón y del acero ha - sido siempre un mercado de oligopolio y la propia naturaleza del sector así parece exigirlo. Ante esta situación, nada permite entender que el Tratado haya querido prohibir la existencia o formación de grandes unidades de producción o venta; querer volver en este campo a un mercado atomizado sería cerrar los ojos a la realidad y a las exigencias del progreso técnico.

Supuesto lo anterior, se parte del - principio de que una acentuación de la concentración no debe ser prohibida por si misma. Lo fundamental es que la competencia se lleve a efecto entre empresas de dimensiones semejantes, principio ~~éste~~ definitivo al efecto (61).

De ahí que el número de concentraciones autorizado haya sido muy elevado, aunque en muchas - ocasiones, de un modo condicionado, ~~que~~, a veces, ha hecho desistir del proyecto de concentración (62).

Al igual que en los Estados Unidos, - los efectos beneficiosos de las concentraciones no pueden servir a compensar los efectos negativos, de tal suerte que, si efectivamente concurriesen éstos, la concentración.

no puede ser autorizada. Autorización, por otra parte, que debe otorgarse aunque la concentración no produzca efectos positivos si no se traspasa el criterio negativo antes indicado. (63).

En la legislación japonesa, los preceptos de mayor interés en este punto son los artículos 10 y 13 a 16 de la Ley contra los monopolios de 14 de abril de 1.947. (64).

El principio general es que la concentración empresarial ha de entenderse prohibida si puede - tener por consecuencia una restricción sustancial de la - competencia en una rama determinada o si ha sido producto de unas prácticas comerciales que puedan calificarse como de competencia desleal; supuestos, de los que solamente - interesa el primero.

Como métodos de concentración, la Ley expresamente se refiere a la detentación de participaciones de unas empresas en otras; a los consejeros comunes; a la fusión y a la transferencia de empresas.

Con relación a la detentación de participaciones, la Ley completa el principio general antes enunciado con dos prohibiciones: la interdicción absoluta - de las sociedades de cartera y la interdicción de que las sociedades financieras (bancos, compañías de seguros...) - puedan ser titulares de participaciones en otras sociedades superiores al 10% del capital de estas últimas. (65).

La norma general antes indicada, aunque está formulada en los propios términos que en la legislación de Estados Unidos, ha sido aplicada en forma bien diferente.

En principio, en el Derecho japonés, para interpretar dicha norma general, no hay un criterio uniforme, semejante al que en su momento recogimos en relación con la jurisprudencia y directrices del Ministerio Fiscal en Estados Unidos, en relación con la participación en el mercado y tasa de concentración.

La limitación sustancial de la competencia se entiende existente cuando un empresario o un grupo de empresarios están en posibilidad de controlar el mercado ejerciendo deliberadamente una influencia sustancial sobre precios, calidad, volumen de la oferta o sobre las restantes condiciones comerciales.

Ahora bien, la apreciación de las circunstancias determinantes de tal control es siempre una cuestión de hecho, que varía de un caso a otro, que ha de determinarse en relación con la coyuntura económica del momento y que no es exclusivamente función de la cifra de negocios de las empresas del caso en el mercado correspondiente. Principios éstos que fueron establecidos por el Tribunal Superior de Tokio en el proceso Federal Trade Comisión contra Toho Co., Ltd. y otros, en sentencia de 7 de diciembre de 1.953. (66).

En aplicación de estos principios, posteriormente, se han admitido y autorizado determinadas concentraciones empresariales, entre otros, apreciando y considerando los siguientes extremos:

Al igual que en la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero, la dimensión relativa de las empresas que pretenden la concentración y la de las restantes competidoras y, lo que es más aun de señalar, la relación entre la dimensión de aquellas y la de sus clientes o suministradoras.

En Inglaterra, es de aplicación el artículo 6 de la Ley de 1.965, sobre monopolios y concentración, por el que se legitima al Ministerio de Comercio, a propuesta de la Comisión de Monopolios, para prohibir una concentración siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: (67).

Que las empresas que se concentren detentan en conjunto más de una tercera parte del mercado considerado o cuando el valor de los activos cedidos rebase los cinco millones de libras; y que la fusión, sea, o pueda ser perjudicial para los intereses públicos.

En la aplicación de este último requisito, en Inglaterra, a diferencia del Derecho Americano y de la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero en que una concentración que produce los efectos anticom-

petitivos previstos en las respectivas normas sancionadoras no puede justificarse a la vista de los posibles efectos beneficiosos de la misma, pueden tomarse en consideración, y, de hecho, así se consideran, tales efectos. (68).

Con base en estos beneficios, y, en definitiva, pues, en el interés general, incluso se ha admitido en formación de situaciones de posición dominante y monopolio a través de una concentración empresarial.

Los motivos indicados para justificar la legalidad de estas concentraciones han sido muy diversos; principalmente, economía en los procesos productivos; supresión de un posible peligro de intervención extranjera y la dimensión de las empresas competidoras en relación - con la de aquéllas a que se destinan los suministros. Aparte de tales causas de justificación, en muchas ocasiones, se han tomado también en consideración determinadas garantías que se han exigido a las empresas concentradas o que han prestado éstas voluntariamente (69).

En el Derecho Canadiense, por virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley actualmente vigente, denominada abreviadamente, Ley relativa a las investigaciones sobre coaliciones, dictada en 1.952 y sucesivamente modificada, se considera como acto punible penalmente el hecho de participar, contribuir o ayudar conscientemente a la formación o al funcionamiento de una fusión o monopolio (70).

Precepto éste que ha de entenderse en relación con el artículo 2, en el que se reducen los términos muy amplios de aquél. Con relación a la fusión, único supuesto de interés en este momento en cuanto ésta es definida como la adquisición, por una o varias personas, por compra o arrendamiento de acciones o de elementos de activo o de otro modo cualquiera, de un control sobre la totalidad o parte de la empresa de un competidor, suministrador o cliente... mediante el cual la competencia es, o probablemente será, reducida en detrimento de los intereses públicos, se trate de consumidores, productores o de otras personas.

En todo caso, el Derecho canadiense exige, pues, para que la fusión haya de entenderse prohibida que sea contraria a los intereses públicos.

Con ello, se permite que puedan ser tomados en consideración los efectos de la fusión, beneficios y perjudiciales, al igual que en el Derecho inglés. En la práctica, sin embargo, tal posibilidad se ha entendido de un modo más limitado y no se han legitimado en ningún caso situaciones de posición dominante, como ha sido el caso en Inglaterra.

De todas suertes, los Tribunales canadienses, en la aplicación de estos preceptos, han interpretado de un modo muy estricto la definición del art. 2, principalmente, en cuanto que han entendido que es al Ministerio Público a quien corresponde la carga de la prueba del requisito de que la fusión sea, o pueda ser probablemente,

contraria a los intereses públicos y en cuanto que se exige una mayor concentración de poder económico que en los Estados Unidos para que pueda entenderse existente una restricción de competencia. Rigorismo, que, sin duda es consecuencia, en gran parte, del carácter penal del precepto. (71).

Diremos, por último, que este sistema era también el del proyecto del Gobierno Federal Alemán, que dió lugar a la Ley actualmente vigente de 27 de Julio de 1.957, en el que se disponía, para los actos de concentración que pudiesen entenderse restrictivos de competencia, una autorización previa.

Sistema éste que no prosperó al estimar la mayoría del Parlamento que no existía en aquel momento suficiente experiencia como para introducir tal control, que fue sustituido por un régimen bien diferente, como veremos más adelante.

Control, que tampoco se ha estimado procedente establecer posteriormente con ocasión del informe ordenado por el Parlamento en 1.960, determinante de la modificación introducida en la Ley el 1 de enero de 1.966.

(72) (73)

Disposiciones sobre la monopolización en algunas de las legislaciones anteriores.

Se decía en el primer apartado del presente capítulo que algunas de las legislaciones basadas en el control de la estructura del mercado, concretamente, las de Estados Unidos, Canadá y Japón, contienen además disposiciones que son de aplicación a la monopolización propiamente tal, que vamos a considerar muy brevemente a continuación en orden a completar la visión de conjunto de dichas legislaciones.

De entre estas legislaciones, la de Estados Unidos, en cuanto permite que pueda imponerse el desmembramiento de una situación de monopolio, ordinariamente por la cesión de algunos de los activos por la sociedad en tal situación, representa un instrumento de control de las estructuras del mercado.

No así la legislación de Canadá, que no admite la corrección de las estructuras del mercado, sino simplemente, la imposición de una sanción. Su sistema es, pues, en este punto, análogo al de las legislaciones que no permiten sino el control del comportamiento a las que nos referiremos después .. (74).

En Estados Unidos, el artículo 20 de la Ley Sherman prohíbe la monopolización, las tentativas de monopolización y la participación en un entendimiento con tales fines (75).

Aunque la literalidad del precepto parece suponer que siempre que se monopolice, intente monopolizar o se participe en un entendimiento con tales fines es posible la aplicación del mismo, no es así efectivamente, porque la jurisprudencia exige, además de la situación

de monopolio, de las tentativas o participación en un entendimiento con tales fines, una actitud deliberada para conseguir o mantener tal situación.

El primer requisito hay que entenderlo en función del porcentaje del mercado controlado, habiéndose estimado bastante al efecto, el ochenta por ciento, que es, por tanto, un porcentaje notablemente superior al que permite la aplicación de las prohibiciones correspondientes en los procesos de concentración de empresas. (76)

El segundo requisito es, sin duda, el más difícil de precisar. Aunque supone una conducta deliberada, no exige la realización de actos ilícitos, como los de competencia desleal o los que puedan prohibir las leyes en que se concreta la política de la competencia, que, si efectivamente hubiese existido, habrán de entenderse desde luego constitutivo de este requisito. (77)

Por el contrario, si la situación de monopolio derivase, no tanto de una política ad hoc, cuanto de otras circunstancias, como pueden ser la puesta en práctica de una invención nueva o que se trate de la primera empresa que intenta satisfacer las exigencias del mercado, no es de aplicación la prohibición de dicho precepto. (78).

Estos mismos principios son aplicables cuando las situaciones indicadas han de referirse no a una sola empresa, sino a un grupo de empresas independientes

que se hubiesen concertado a tales fines.

Otra cosa es cuando trate simplemente de aquellos casos en que las empresas observan un comportamiento paralelo, pero sin concertarse previamente al efecto. En tales situaciones, aunque han existido comentaristas que han abogado por la aplicación de la prohibición de la Ley Sherman, lo cierto es que este criterio no ha sido hasta el momento ratificado por ninguna resolución de los Tribunales americanos.

Hay que agregar que para apreciar si existe o no una situación de monopolio, al igual que con relación a los actos de concentración, han de tenerse en cuenta no sólo los productos nacionales, sino además los procedentes de empresas extranjeras, principio que ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia americana (79).

En el Derecho canadiense, la prohibición de los monopolios se contiene en el artículo 33 de la Ley relativa a las investigaciones sobre coaliciones, citada con anterioridad, y el concepto de monopolio, en el artículo 2, apartado f), en el que se dice así:

"Monopolio significa una situación en la cual una o varias personas controlan, en una gran parte o completamente, en todo el Canadá o en una de sus regiones, una actividad mercantil y han explotado, o puede presumirse que explotarán, dicha situación en perjuicio del interés público..."

Noción ésta que supones un requisito más que la prohibición en los Estados Unidos; la explotación o presunción de explotación de la situación real de monopolio en perjuicio de los intereses públicos.

El único proceso llevado ante los Tribunales canadienses, es el que se siguió contra la sociedad Eddy Match Ltd, que formada en el año 1.927 mediante la fusión de las tres sociedades fabricantes de cerillas existentes en Canadá, absorbió posteriormente, a veces - mediante prácticas competitivas desleales, cuantassociadas se constituyeron.

Se trataba, pues, de un control del mercado en un 100%. Y los tribunales estimaron existente el - requisito específico antes aludido de la lesión de los intereses públicos, porque se había privado al público de - las ventajas inherentes al principio de libre competencia.

Presunción, que se admitía que podía - habersido enervada mediante prueba en contrario, sí, por - circunstancias excepcionales, se hubiese demostrado que la monopolización suponía para el público más ventajas que la competencia (80).

En la legislación japonesa, el artículo 3 de la Ley anteriormente citada, prohíbe los monopolios privados que se definen de la siguiente forma:

Toda actividad por la cual un empresario, solo o agrupado o coaligado con otros, o de cualquier

otra manera, elimina o controla las actividades de otros, ocasionado con ello en una rama determinada una limitación sustancial de la competencia contraria al interés general".

Noción ésta que, en realidad, no puede identificarse con la definición clásica del monopolio.

En la interpretación de este precepto, el Tribunal Supremo de Tokio, en la sentencia dictada en el proceso contra Noda Sov-Sauce Co., Ltd., ha declarado que eliminar quiere decir obstaculizar las actividades de otro u otros empresarios hasta forzarles a abandonar una actividad competitiva y que, por control, como norma general, ha de entender el hecho de privar a otras empresas de la facultad de adoptar con libertad sus decisiones en materia económica.

Señalemos, por último, que, en dicho proceso, el precepto se aplicó a pesar de que el porcentaje controlado del mercado correspondiente no era sino del 36,7%, porcentaje muy inferior a los estimados al efecto por los Tribunales americanos y canadienses (80).

Sistemas jurídicos basados en el control del comportamiento de las empresas.

Estas legislaciones, que no vamos a considerar detenidamente, con la excepción de la comunidad Económica Europea, ya que, de otra suerte, rebasaríamos los límites propuestos, para adentrarnos en el estudio de las prácticas abusivas, no prohíben en ningún caso las concentraciones empresariales, ni las situaciones de posición dominante, sino determinadas actuaciones de las em-

presas.

Los criterios seguidos en la determinación de tales actividades prohibidas son :

- a) El abuso de una posición dominante sobre el mercado;
- b) La ejecución de actividades contrarias al interés general;
- c) el entorpecimiento al funcionamiento normal del mercado;
- d) precios excesivos condiciones comerciales inadmisibles, limitación excesiva de la libertad de comercio.....y
- e), la utilización de una posición - dominante a unos fines contrarios a los de una determinada legislación (82).

El primero de los criterios indicados, fundamental a nuestros fines, porque, como veremos en su momento, es el de la Ley española, se ha recogido en la - Ley alemana y en la Comunidad Económica Europea:

En Alemania, el artículo 22 de la Ley, repetidamente citada, legitima la actuación contra las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado y explotan abusivamente dicha situación.

En la Comunidad Económica Europea, el artículo 86 del Tratado de Roma prohíbe:

"en la medida en que el comercio entre los Estados miembros es susceptible de

ser afectado, la explotación abusiva por una o varias personas de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial de éste".

El propio precepto, aunque a título simplemente anunciativo, contiene luego una enumeración de supuestos que pueden ser calificados como prácticas abusivas.

La Ley inglesa de 1.956, sobre monopolios y concentraciones, artículo 3º, sigue el segundo criterio. En dicho artículo, la posibilidad de reprimir la actuación de las empresas en situación dominante está condicionada a que pueda estimarse dicha actuación contraria a los intereses públicos.

Este es también el criterio de las legislaciones vigentes en Bélgica, Noruega, Suiza y Países Bajos.

En Bélgica, el artículo 2 de la Ley - de 27 de mayo de 1.960, define el abuso de posición dominante como una lesión a los intereses generales por la ejecución de prácticas que falsean o restringen el juego - normal de la libre competencia o que limitan la libertad económica de los productores, consumidores o distribuidores o el desarrollo de la producción o el comercio.

En Francia, donde se acoge el tercer criterio de los indicados, el artículo 59 bis de la Ordenanza número 45.1.483, redactado y modificado por la Ordenanza de 28 de setiembre de 1.967, prohíbe a las empre-

sas en situación de posición dominante las actividades ~~u~~ que ~~tengan~~ por objeto o puedan tener por efecto impedir el funcionamiento normal del mercado.

En la legislación de Dinamarca, de la que, en este punto, interesan principalmente los artículos 2 y 11 de la Ley número 102, de 31 de marzo de 1.955, sucesivamente enmendados, representa un criterio diferente y - en ella, para que la Administración pueda adoptar medidas contra las empresas que detentan una posición dominante, - se exige que su comportamiento se traduzca o pueda traducirse en precios excesivos, prácticas comerciales inadmisibles, una limitación injustificada de la libertad de comercio o discriminación inaceptables.

En fin, la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero representa el último de los criterios: el artículo 66 del Tratado constitutivo legitima las actuaciones correspondientes en todos aquellos casos en - que una empresa en situación de posición dominante se prevalezca de tal situación para unos fines contrarios a los objetivos del Tratado. Precepto que ha de ser interpretado necesariamente en relación con los artículos 2, 4 y 5 - donde se encuentran los fines de la C.E.C.A. en lo que interesa ahora pero que no es del caso considerar aquí (83).

Inscripción de las empresas con dominio de mercado o de las concentraciones que puedan suponerlo.

Algunas de las legislaciones comprendidas en el apartado anterior completan la posibilidad de -

controlar el comportamiento de las empresas con la obligatoriedad de inscribir determinadas situaciones.

En Austria, Dinamarca y Noruega, hay establecido un sistema de registro obligatorio de las empresas que ocupan una situación dominante en el mercado.

En la Ley austriaca sobre cartels de 1.959, modificada en diversas ocasiones y últimamente por Ley de 1.962, el artículo 36-e) impone a las empresas en situación de posición dominante la obligación de causar - una notificación al Registro de Cartels.

Por su parte, el artículo 36-d) considera que una empresa ocupa una posición dominante cuando, con relación al aprovisionamiento del mercado interior de una mercancía o grupo de mercancías que integran una - partida única en la tarifa aduanera.....su participación exceda, según los criterios habituales para evaluar la - producción en los sectores correspondientes, del 30% y, si el mercado es aprovisionado por más de tres empresas, del 50%.

Esta notificación, contrariamente a lo que sucede en otras legislaciones, no tiene otra finalidad que la de informar al público y autoridades de los hechos económicos, que se consideran importantes.

En Dinamarca, la Ley de 31 de marzo de 1.955, numerosas veces modificada, en su artículo 6, párrafo segundo, impone la obligación de inscripción a las empresas individuales o asociación de empresas... que ejer-

zan o puedan ejercer una influencia s
cios, producción, distribución, o tra
do nacional o en un mercado local.

Esta notificación
sirve para someter a las actividades
de las demás que son también objeto d
rrespondiente control, en orden a imp
vos, condiciones comerciales inadmissi
inaceptable de la libertad comercial
natorias.

En la legislación
ción de inscribir las empresas en sit
dominante, se impone en el artículo 3
junio de 1.953.

Al igual que en
namarca, esta inscripción no sirve
publicidad, sino también para cont
dichas empresas.

Sin embargo, e
nar la situación de posición domi
simplemente de la consideración d
formulado, al igual que la legisl
zón de la participación en el mer

En todas esta
gatoriedad de la inscripción está
que ocupan una posición dominante
nia, donde la obligatoriedad se i

zan o puedan ejercer una influencia sustancial sobre precios, producción, distribución, o transportes en el mercado nacional o en un mercado local.

Esta notificación, fundamentalmente, sirve para someter a las actividades de estas empresas, y de las demás que son también objeto de inscripción, al correspondiente control, en orden a impedir precios excesivos, condiciones comerciales inadmisibles, una limitación inaceptable de la libertad comercial o prácticas discriminatorias.

En la legislación noruega, la obligación de inscribir las empresas en situación de posición dominante, se impone en el artículo 33 de la Ley de 26 de junio de 1.953.

Al igual que en la legislación de Dinamarca, esta inscripción no sirve solamente a efectos de publicidad, sino también para controlar la actuación de dichas empresas.

Sin embargo, el criterio para determinar la situación de posición dominante, como se deduce - simplemente de la consideración del artículo citado, está formulado, al igual que la legislación austriaca, en razón de la participación en el mercado.

En todas estas legislaciones, la obligatoriedad de la inscripción está referida a las empresas que ocupan una posición dominante, pero no así, en Alemania, donde la obligatoriedad se impone no a las empresas

que ocupan una determinada situación de posición dominante, sino a determinados actos de concentración.

Los términos de dicha obligatoriedad, función, por una parte, de una participación en el mercado y, de otra, de la propia dimensión de las empresas, y el concepto de concentración, vienen establecidos en el artículo 23 de la Ley, que transcribimos y comentamos al fijar el concepto de concentración, remitiéndonos, por tanto, a lo que allí se dijo.

Con tal inscripción, junto a una finalidad informativa, se pretende la vigilancia de las empresas concentradas. Principalmente, por cuanto puede ser aplicable el artículo 22 por el que se prohíben las prácticas abusivas de las empresas en situación dominante.

Así se deduce de lo dispuesto al respecto por el artículo 24 y de la propia estructura de la Ley en la que los artículos 22 y 24 integran un sólo capítulo titulado "Empresas que ocupen una posición dominante en el mercado".(84)

Consideración especial del
sistema en la Comunidad
Económica Europea

Expuestos, en los apartados anteriores, los dos sistemas legislativos basados respectivamente en el control de la estructura del mercado y en el del comportamiento empresarial, vamos a detenernos especial-

mente en el estudio de la Comunidad Económico Europea.

La razón de ser de este estudio separado y detenido es la siguiente:

En el Derecho Español, cuyo estudio constituye precisamente nuestro último objetivo, se ha cuestionado si pueden o no aplicarse a los acuerdos de concentración los arts. 1ª y 2ª. El tema es trascendental, porque la posibilidad de aplicación de estos preceptos con carácter general supondría la inclusión de nuestro sistema entre aquéllos en los que se permite el control de la estructura del mercado, sin perjuicio del control del comportamiento de las empresas en situación dominante permitida por el propio art. 2ª y de la inscripción de aquellos acuerdos que puedan ser significativos a estos efectos del art. 21.

Este tema se ha planteado también en la Comunidad Económico Europea, en la que, como antes se indicó, el art. 86 permite también el control del comportamiento de las empresas en situación dominante. Y como los arts. 85 y 86 del Tratado Constitutivo, han inspirado como más abajo se dirá, al legislador español en la redacción de los arts. 1ª y 2ª y dichos preceptos son básicos en la ordenación de la competencia en general y en el tema que nos ocupa en particular, se hace necesario dicho estudio separado y más detenido.

A) Consideraciones preliminares.

En el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, la política de la competencia está recogida fundamentalmente, como ya se ha indicado, en los arts. 85 y 86.

El artículo 85 prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones y las prácticas concertadas que sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el interior del Mercado Común, y el artículo 86, ya citado anteriormente, también en la medida en que sea susceptible de afectar el comercio entre Estados miembros, el hecho de explotar una o varias empresas de manera abusiva una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial de éste.

Prohibiciones que se completan con una enumeración de supuestos no limitativa en cada caso.

El artículo 85, por su parte, luego de haber declarado, en los términos indicados la nulidad de los acuerdos, convenios y decisiones comprendidas en él, - declara inaplicables las prohibiciones que contiene cuando concurren los siguientes requisitos: que las decisiones, acuerdos o prácticas concertadas contribuyan a mejorar la producción o a promover el progreso técnico o económico, reservando a los consumidores una parte equitativa de los beneficios correspondientes y que no se imponga a las - empresas otras limitaciones que las indispen- - -

sables, ni se les dé la posibilidad, para una parte substancial del mercado, de eliminar la competencia.

Ahora bien, ¿estos artículos son aplicables a los acuerdos de concentración?

Ya se dijo anteriormente, que el art. 86 prohíbe las prácticas abusivas de las empresas en situación de dominio de mercado, que ordinariamente se logra mediante acuerdos de concentración, y que, por tanto, en la C.E.E., se hace posible el control del comportamiento de dichas empresas.

Pero, ¿es posible entender aplicables los arts. 85 y 86 a los acuerdos de concentración, de tal modo que pueda controlarse no sólo el comportamiento de las empresas que detentan una situación de dominio, sino la propia estructura del mercado por el control de los propios acuerdos de concentración, en cuanto pueden suponer una ~~supresión~~ supresión, restricción o falseamiento de la competencia? (85).

Problema al que pasamos a referirnos seguidamente estudiándolo por separado en relación a cada uno de los dos preceptos.

B) Art. 85 del Tratado de la C.E.E.

Su aplicación a los acuerdos de concentración

En la Comunidad Económica Europea, se ha planteado expresamente el problema referente a si puede o no aplicarse el artículo 85 a los acuerdos de concentración

tración de empresas.

Algunos autores han negado que pueda entenderse aplicable el art. 85 a la concentración empresarial, fundamentalmente con apoyo en los siguientes argumentos: (86)

Es elemento esencial en las ententes a las que se aplica el art. 85 la subsistencia de una pluralidad de Empresas y la concentración supone, en muchos casos, pasar de la pluralidad a la unidad.

Habida cuenta del paralelismo indudable existente entre las disposiciones sobre competencia de la C.E.E. y de la C.E.C.A., es indudable que, si hubiese sido la intención de los firmantes del tratado constitutivo de aquélla, que el artículo 85 se aplicase a la concentración se hubiese utilizado expresamente dicho término.

No tiene sentido decir que, una vez perfeccionada una fusión, se restringe la competencia dado que una sólo entidad ha sustituido a la variedad de empresas participantes.

La toma de participaciones por unas sociedades en otras, a veces, no supone un acuerdo previo, faltando así uno de los elementos definidores de los supuestos a que se remite el art. 85.

La práctica seguida en la aplicación del precepto, etc.

Por el contrario, la aplicación del art. 85, a las concentraciones empresariales se ha defendido fundamentalmente dados los términos literales del mismo, aplicables a los movimientos de concentración en muchos casos, dado que éstos, con muy limitadas excepciones, presuponen un conjunto de acuerdos y que, en muchos casos, como se vió en su momento, restringen y hasta suprimen la competencia.

Vonder Groeben, en su calidad de Presidente de la Comisión, se refirió al problema en discursos pronunciados los años 1.963 y 1.965, este último, ante el Parlamento, el 16 de junio.

En dicho discurso, se decía así:

"El punto de saber si el art. 85 del Tratado de la C.E.E. prohíbe las concentraciones... es discutido. No obstante, el contenido, la técnica jurídica, las consecuencias jurídicas, los objetivos y posibilidades de aplicación de dicho precepto son argumentos en contra de tal interpretación. El art. 85 no ha sido pensado... para impedir la aparición de empresas con dominio de mercado por medio de la concentración... solamente, si la concentración constituye en realidad una entente, es decir, si no hay una modificación irreversible en las relaciones de dominio, sino simplemente coordinación del comportamiento de empresas autónomas económicamente, es cuando es aplicable el art. 85..."

En fin, ha sido, por último, la propia Comisión quien ha creído oportuno pronunciarse al efecto y lo ha hecho en los siguientes términos (109).

En principio, es indudable que, en una interpretación literal de dicho artículo 85, los acuerdos de concentración de empresas pueden entenderse comprendidos en su caso en la prohibición de dicho precepto, por - cuanto que, en ellos, pueden coincidir indudablemente los diferentes elementos constitutivos de tal prohibición: un acuerdo entre empresas y una restricción de competencia - que afecte al comercio de los Estados miembros.

No obstante lo anterior, como en ciertos casos puede llegarse a una concentración empresarial sin que exista acuerdo al efecto entre las empresas, como sucede cuando se llega a una situación de concentración - por adquisición de una participación en Bolsa, en dichos casos, no habrá lugar a la posibilidad de aplicar la prohibición del artículo 85, en el que se señala como elemento constitutivo el acuerdo o concierto entre empresas o la de cisión de una asociación de empresas.

Por el contrario, si a esa misma situa ción se llegase mediando un acuerdo previo, el artículo 85, en la prohibición del párrafo primero, podría ser aplicable, con lo que viene a producirse una desigualdad, para - dos situaciones que suponen los mismos efectos económicos, totalmente injustificada.

Las condiciones de que el propio artículo 85, párrafo 3, hace depender el otorgamiento de una exención a la prohibición dispuesta en el párrafo primero no puede decirse que se ajusten a las exigencias de los - acuerdos de concentración.

En primer término, se exige que puedan probarse unos efectos beneficiosos, que, en la mayor parte de las concentraciones, no podrán acreditarse a priori a diferencia de lo que ocurre en las ententes, que lo son - siempre para una finalidad concreta.

Por otra parte, se exige también que las restricciones de la competencia sean exclusivamente las indispensables a la obtención de los efectos beneficiosos antes indicados, con lo que viene a presentarse una nueva dificultad.

Como la concentración supone la supresión total de la competencia entre las empresas que se concentran, a virtud de tal exigencia, no cabrá que sean autorizadas sino cuando pueda probarse que esa supresión total es completamente necesaria e indispensable.

En fin, hay un tercer motivo que viene también a indicar que la ordenación de la exención del párrafo tercero se ha establecido sin pensar propiamente en los actos de concentración.

En efecto, la autorización del párrafo tercero del artículo 85 no tiene carácter definitivo en - ningún caso a tenor del artículo 8^a del Reglamento número

17 dictado en aplicación de los artículos 85 y 86.

En dicho artículo, se dispone que la autorización prevista en el párrafo tercero del artículo 85 debe concederse por un plazo determinado y puede otorgarse con sujeción a las condiciones y obligaciones que se crean oportunos; que es renovable y que puede ser revocada en los términos que el propio precepto señala.

De ahí que, en la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero y en otras legislaciones que también someten a control los procesos de concentración, se haga depender exclusivamente la legalidad o ilegalidad de los mismos de un criterio negativo, esto es, de los efectos previsibles y perjudiciales de la concentración sobre la competencia, de tal suerte que si la ~~con~~centración no supone tales efectos negativos debe ser autorizada definitiva e irrevocablemente.

Por otra parte, tampoco puede decirse que sea una medida consecuente con las exigencias de los actos de concentración, la nulidad absoluta señalada por el párrafo segundo del propio artículo para las situaciones previstas en el párrafo primero.

En tales casos, tratándose de actos de concentración, lo precedente sería, no tanto la nulidad, que, por razón de la desaparición en muchos casos de algunas empresas, no podrá llevar consigo la restitución de las cosas al estado anterior al acto de concentración,

cuanto que se hubiese dispuesto la posibilidad de adoptar las medidas procedentes para procurar la desconcentración en el modo en que dispone el párrafo quinto del artículo 66 del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero. (87)

Dicho precepto legitima a la Alta Autoridad a ordenar la separación de empresas o activos, la cesación de un control común y cualquier otra medida que estime apropiada para restablecer la explotación independiente de las empresas o activos del caso y restaurar una competencia en condiciones normales.

Tampoco pueden decirse apropiadas las disposiciones del Reglamento número 17, antes citado, referentes a las ententes anteriores al Tratado constitutivo de la C.E.E.

Dicho Reglamento, en sus artículos 5 a 7, ambos inclusive, impone, dentro de los límites y condiciones que detallan, la notificación de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, comprendidas en el artículo 85, ya existentes en el momento de entrada en vigor del Tratado Constitutivo de la C.E.E. Precepto que estrictamente no puede decirse aplicable a todos los acuerdos de concentración anteriores al Tratado, cuyos efectos fuesen los previstos en el artículo 85, esto es, la supresión o restricción de la competencia, cuando esta supresión o restricción continúe después de la entrada en vigor del mismo, dado que, en muchos casos, como en los de fusión y muchas veces en los de transmisión de una empresa, no podrán de-

cirse existente los acuerdos de concentración. Y ésto, sin duda, porque no ha sido propósito del legislador que el artículo 85 se aplique a los acuerdos de concentración.

Cierto que, por vía reglamentaria, podrían obviarse algunas de estas dificultades, pero, en modo alguno podrían entenderse resueltas todas ellas.

Quedaría siempre: la necesidad de establecer una distinción precisa entre ententes y concentraciones, exigida al existir un tratamiento diferente aunque sólo fuese por vía reglamentaria; la diferencia de tratamiento jurídico según que exista o no acuerdo de concentración y la imposibilidad de sustituir los efectos positivos por un criterio negativo en el otorgamiento de la exención del párrafo tercero.

Consecuentemente con todo lo anterior, la Comisión concluye:

El artículo 85 no es aplicable a gran parte de los acuerdos de concentración, principalmente en los casos de fusión o de adquisición de instalaciones o de participaciones en otras empresas.

Ni es aplicable tampoco, aunque a virtud de fundamentos bien distintos, a los procesos de concentración en que no haya un acuerdo previo entre las empresas concentradas.

No obstante lo anterior, en muchos casos, en que los límites entre la concentración y las simples ententes no pueden decirse totalmente definidos, o, -

en los que, una vez realizada la concentración, las empresas permanecen autónomas jurídicamente y, en realidad, no se han conseguido sino los mismos efectos que con las ententes, como es el caso de que exista sólo un contrato de explotación o de dirección de explotación o una empresa común, habrá que considerar muy detenidamente la posibilidad de aplicar el artículo 85. (88)

Esta inaplicación del artículo 85 a los movimientos de concentración supone, dentro de un orden propiamente económico, de un lado, y a salvo la excepción que pueda representar la aplicación del art. 86 en el modo a que nos referiremos más abajo, la imposibilidad de controlar, y eventualmente limitar, el movimiento de concentración, y, de otro, la aplicación de normas diferentes a los acuerdos o convenios restrictivos de competencia (ententes, cartels,...) que a la concentración, más rigurosas aquellas que éstas. (89)

Los fundamentos de esta política han sido resumidos por la propia Comisión en los siguientes:

Un movimiento de concentración, a veces, tiene por consecuencia y hasta por finalidad el cierre de las empresas menos rentables, en tanto que las ententes tienen siempre un carácter conservador, de tal modo que, mantienen hasta las empresas menos rentables.

La Comunidad ha pretendido la supresión de las barreras aduaneras económicas y las ententes

no hacen en muchos casos sino conservar y vigorizar las antiguas fronteras.

Los movimientos de concentración, al menos en lo que hace a la C.E.E., han de entenderse muy convenientes y hasta necesarios. La competencia efectiva, dentro de la organización económica actual, requiere una cierta homogeneidad de fuerzas entre las grandes sociedades internacionales. Sin que ello quiera decir, claro es, que no habrá lugar para las empresas pequeñas y medianas, que, - por el contrario, seguirán desempeñando un papel muy activo.

En general, la idea fundamental es siempre esta última: la necesidad de un movimiento de concentración. En este punto, se ha observado que las leyes europeas han inspirado en las de E.E. U.U. Pero esta inspiración no es del todo válida, porque el problema se plantea en términos diferentes. En Estados Unidos, no es otro que el de impedir que las empresas gigantes, que han alcanzado su dimensión óptima, no sobrepasen un límite razonable, en tanto que, en Europa, por estar las empresas muy lejos de tales óptimos, hay que incitarlas a que se unan, al menos por el momento.

Sin embargo, y aún reconociendo la exactitud general de estos argumentos, se ha observado que debieran admitirse la posibilidad de un control, en especial, por las siguientes razones.

En muchos casos los movimientos de concentración en Europa no han servido sino para reafirmar aún

más una posición preeminente de empresas americanas en el mercado europeo por medio de sus filiales.

Precisamente, si se fomenta la concentración, deben ser aumentadas las posibilidades de control, indispensables en toda política eficaz de la competencia.

No disponer de ningún control equivale a no poder atribuir su relevancia alguna a la circunstancia de que la concentración restrinja o no la competencia, de que la empresa supere o no la dimensión óptima etc.

C) Aplicación a los actos de
concentración del artículo 86.

La posibilidad de admitir la aplicación a los actos de concentración del artículo 86 no ofrece tantas dificultades como las que se han visto con relación al artículo 85 y la Comisión se pronuncia al respecto en los siguientes términos:

Pone de manifiesto, sin más, tal posibilidad el siguiente ejemplo: No hay duda de que puede suceder, y la realidad lo confirma, que una empresa en situación de posición dominante desarrolle una política de reducción de precios o de discriminación encaminada a suprimir la competencia de un competidor sin su fuerza financiera.

Si, en tales casos, la empresa en situación dominante impone la concentración o si impone unas condiciones desfavorables en una concentración previa acordada,

el acuerdo de concentración podrá ser considerado en si mismo como un acto abusivo prohibido por el artículo 86. (90)

De hecho, la verdadera dificultad interpretativa no está tanto en estos casos, cuya concreción ha de dejarse a las circunstancias particulares de cada uno, - cuanto en la posibilidad de entender aplicable el artículo 86 en los casos en que, como consecuencia de la concentración, se suprima totalmente la competencia en el mercado correspondiente.

Si los artículos 85 y 86 han de interpretarse con arreglo a su finalidad, dado que ésta no es - otra que la de proteger la competencia, no hay duda de que en estos casos debe ser aplicable el artículo 86.

No debe olvidarse en este punto que en el artículo 85 se condiciona el otorgamiento de la exención a que, con la práctica exceptuable, no resulte una situación de posición dominante.

Lo que quiere decir que en el caso de que intervenga una empresa en situación de posición dominante, y haya un acto de concentración supuesta la finalidad de estos preceptos antes indicada, la solución ha de ser la misma.

En fin, nótese, además, que el artículo 86, en el que se contiene junto a la cláusula general prohibitiva, una enumeración de supuestos, en dicha enumeración, incluye aquéllos casos en que se limita la producción, la

distribución o el desarrollo técnico.

En estos casos, el abuso no tanto está en el comportamiento cuanto en la modificación de la estructura de la oferta que se ha considerado por la Ley contraria a los intereses públicos.

Pues bien, en los casos en que, por un acuerdo de concentración se suprime totalmente la competencia, no hay duda de que se ha producido también una alteración de la estructura de la oferta, cuyos efectos, por lo mismo que se ha suprimido la competencia efectiva empresarial, han de estimarse nocivos en el mismo sentido antes indicado. Y, de ahí, que dicha situación pueda entenderse prohibida por el artículo 86, que permite así, aunque únicamente para estos casos, un cierto control de la estructura del mercado.

CAPITULO QUINTO

LA CONCENTRACION EN LA LEY ESPAÑOLA DE
PRACTICAS RESTRICTIVAS DE COMPETENCIA

Sistemática del capítulo

En el presente capítulo, vamos a concretar el régimen jurídico aplicable a la concentración empresarial en la Ley española de Prácticas Restrictivas de Competencia.

En esencia, el problema consiste en - precisar si la Ley española ácoge el sistema de aquellas legislaciones que permiten solamente controlar el comportamiento de las empresas en situación dominante o, por el - contrario, el de aquéllas otras que autorizan también el control de la propia estructura del mercado mediante el de los acuerdos de concentración.

El art. 2º de la Ley española, prohíbe las prácticas abusivas de las empresas en situación de dominio de mercado y, en consecuencia, permite el control del comportamiento de dichas empresas; consecuencia ésta que se ofrece indudable. El problema es, si dicho precepto y, aun más, el art. 1º, en el que se contiene una prohibición general de los acuerdos restrictivos de competencia, son aplicables a los acuerdos de concentración empresarial, para prohibirlos en determinados casos, permitiéndose de este modo el control de la estructura del mercado.

Junto a este problema fundamental, hay que examinar asimismo, para completar el estudio del régimen jurídico aplicable a la concentración en la ley española, el alcance de la obligación de inscribir los acuerdos de concentración a que se refiere el art. 2º.

El estudio de esta temática fundamental va precedido por una delimitación de las líneas básicas del sistema español con indicación de los precedentes en el Derecho comparado y por la fijación de la noción de concentración; aspectos ambos que pasamos a considerar seguidamente.

Indicación del sistema
general español y origen
del mismo.

Los preceptos fundamentales de la Ley española son:

De un lado, las prohibiciones de los arts. 1 y 2, que vamos a estudiar a continuación, y, de otro, la obligación de inscribir ciertos acuerdos de concentración, impuesta por el artículo 21.

El artículo 1º dispone:

"Uno. Quedan prohibidas las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

Dos. Son nulos, como contrarios a la Ley y al Orden público los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas

que originan prácticas de las prohibidas en el apartado anterior".

Y por su parte, el artículo 2ª dispone:

"Uno. Asimismo quedan prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales una o varias empresas, exploten su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado, de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores.

....

...."

Estas prohibiciones se completan con una enumeración de supuestos, contenida en el artículo 3ª, común a ambos casos, que no tiene carácter exhaustivo y cuya consideración no estimamos de interés.

La prohibición del artículo 1ª ha de entenderse limitada por los artículos 4ª y 5ª de la Ley en los que se declaran excluidas y exceptuables de la misma determinadas prácticas.

En el primero de estos preceptos, propiamente, porque las prácticas del caso, como se decía en el capítulo primero, han de entenderse fuera del ámbito legal, por tratarse de situaciones establecidas en el ejercicio de potestades administrativas a virtud de una disposición legal o de actividades agrícolas o ganaderas.

El artículo 5^a, con relación a las prácticas exceptuables, dispone:

"Uno. El Tribunal de Defensa de la Competencia, por acuerdo publicado en el Boletín Oficial del Estado, autorizará a petición de parte interesada y previa audiencia de quienes justifiquen un interés legítimo, personal y directo, y, en todo caso, de la Organización Sindical, los acuerdos y decisiones que, no obstante estar comprendidos en el artículo 1^a, contribuyan a mejorar la producción, o la distribución de bienes o servicios o a promover el progreso técnico o económico, - siempre que los consumidores o usuarios obtengan una parte adecuada de los beneficios que resulten de tales acuerdos o decisiones y que las posibles prácticas restrictivas que de su aplicación resultaren sean las indispensables para aquella finalidad.

Dos...

.....

Tres. La autorización a que se refiere el apartado anterior incluirá las condiciones de todo orden que el Tribunal considere necesario establecer correspondiendo su vigilancia al Servicio de Defensa de la Competencia.

Cuatro...

.....

Quinto. La puesta en práctica sin la previa autorización del Tribunal de los acuerdos y decisiones a que se refiere este artículo podrá ser sancionada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley".

El sistema, pues, en síntesis, es el siguiente:

El artículo 1^a prohíbe las prácticas restrictivas de competencia derivadas de convenios entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o conductas conscientemente paralelas y el artículo 2^a, las prácticas abusivas de las empresas en situación de posición dominante.

Este sistema de la ley española, está inspirado en los arts. 85 y 86 de la C.E.E., cuya redacción se ha recogido en lo esencial. La diferencia más relevante está en que nuestra ley ha introducido una obligación de inscribir determinados acuerdos de concentración que se ha tomado de la legislación alemana (91).

En esta legislación, las líneas generales son también semejantes al Derecho español: prohibición de las prácticas restrictivas de competencia derivadas de un acuerdo entre empresas o entre asociaciones de éstas y prohibición de las prácticas abusivas de las empresas en situación de posición dominante. Completada esta última con la obligación de inscribir determinados acuerdos de concentración.

Sin embargo, el desarrollo de estas líneas generales, en el Derecho alemán, se ha hecho de un modo bien diferente y, lo que es muy de señalar, mucho menos riguroso que en el Derecho español, y más, una vez reformada la primitiva redacción, el 15 de setiembre de 1.965.

La prohibición de las prácticas restrictivas se contiene en el artículo 1^a en lo que hace a los acuerdos horizontales, y, en los artículos 15 a 21, en lo que se remite a los acuerdos verticales, considerados individualmente en sus principales categorías. Por su parte, las excepciones al artículo 1^a, formuladas mucho más ampliamente que en el Derecho español, lo mismo en lo que se refiere a los requisitos substantivos que procesales, se contiene en los artículos 2^a y s.s.

La prohibición de las prácticas abusivas de las empresas en situación dominante se dispone en los artículos 22 a 24. De estos preceptos, en los términos que se vieron en el capítulo precedente, están directamente relacionados con los acuerdos de concentración, los artículos 23 y 24, el primero, imponiendo la obligación de inscripción tantas veces citada..

A la prohibición de las prácticas abusivas se une otra, en términos absolutos, relativa a la intimidación a otras empresas, el boycottage y las prácticas discriminatorias, que se contiene en los artículos 25 y 26.

La obligación de inscribir ciertos acuerdos de concentración, lo establece el art. 21 de la Ley Española que, en lo que ahora interesa, dice así:

"Deberán inscribirse en el Registro definitivo en el plazo de un mes a partir de su conclusión, todos los acuerdos de concentración de empresas, siempre - que, como consecuencia de ellos, las empresas partícipes pasen a controlar el treinta por ciento o más del mercado nacional en un determinado producto o servicio o cuando una de las empresas partícipes de la concentración controladora desde antes dicho porcentaje".

Este art. 21 está tomado del art. 23 de la Ley alemana, en su redacción de 27 de julio de 1.957, aun que con ciertas diferencias como la referente al porcentaje controlado del mercado que, en éste, es simplemente del 20%.

Con esta inscripción, el legislador español no pretende sino la publicidad de los procesos de concentración en la medida en que, con esta publicidad, pueda favorecerse la aplicación de la prohibición de prácticas abusivas del art. 2º. La inscripción del art. 21 tiene, pues, así un carácter complementario que la Exposición de Motivos reconoce expresamente tras indicar la necesidad de proteger la concentración empresarial que se siente en España:

"No se atenta contra la concentración económica, deseable por tantos conceptos en España, donde más del 90% de las empresas cuentan con cinco menos empleados, debiendo el Estado favorecer los procesos de concentración que reducen en la formación de unidades de producción o distribución de dimensiones más adecuadas a las actuales necesidades - económicas.

Este, precisamente, es el sentido del artículo 135 de la Ley de Reforma Tributaria, de 26 de diciembre de 1.957, que concede una serie de beneficios fiscales a la concentración de empresas, siempre que éstas no originen situaciones que permitan la realización de prácticas monopolísticas.

La Ley respeta plenamente el anterior precepto y se obliga a la inscripción de los actos de concentración de empresas en determinadas circunstancias, ello es sólo al objeto de contar con los medios de información necesarios para evitar que, como consecuencias de tales fusiones, se produzcan abusos de situación de dominio de los previstos en el artículo 2". (92)

Tal finalidad se deduce también de la que, en la Ley alemana de 1.957, asume la obligatoriedad de inscripción dispuesta en el art. 23.

En efecto, dicho artículo 23 está incluido en un capítulo titulado "Empresas que ocupan una posición dominante sobre el mercado", que comprende además los artículos 22 y 24; el primero prohibiendo las prácticas abusivas de tales empresas, y el artículo 24, disponiendo, entre otros, que, causada la inscripción en el Registro de un proceso de concentración, si es previsible que pueda suponer una posición dominante o un reforzamiento de ésta, puede convocarse

a las empresas del caso y exigirles la información complementaria correspondiente (93).

La noción de concentración de
empresas en la Ley española.

El art. 21 de la Ley española contiene expresamente una enumeración de los actos de concentración de empresas, tomada del art. 23 de la Ley alemana de 1957.

Dicha enumeración comprende los siguientes supuestos:

- "a) Las fusiones de empresas;
- b) Las adquisiciones de fábricas, talleres y -
otros activos pertenecientes a otras empresas;
- c) Los contratos de cesión de explotación y los
contratos de dirección de explotación que se refie-
ren a fábricas, talleres y otras instalaciones in-
dustriales o comerciales pertenecientes a otras
empresas.
- d) Y la adquisición de participaciones de todo ti-
po en otras empresas, en la medida en que estas
participaciones, por si solas o sumadas a otras
ya en poder de la misma empresa o de otra ligada
a ella por un acuerdo de concentración, permitan
alcanzar el veinticinco por ciento del capital con
derecho a voto".

Como esta enumeración, en sus apartados a) y d), se refiere a la fusión de empresas y a la adquisición de participaciones en otras empresas sin ninguna otra precisión, su interpretación parece exigir en primer término la referencia al concepto de empresa.

A nuestros fines, parece indudable ~~que~~, en lo posible, el concepto de empresa debe buscarse en la propia Ley y que, de ella, resultan las siguientes conclusiones:

Que la Ley española, como se deduce fácilmente de todo el contexto de la misma y lo ratifica el apartado c) de la enumeración legal, al referirse exclusivamente a las actividades industriales y comerciales, comprende únicamente las empresas mercantiles.

Y que el concepto legal de empresa, al menos en lo que se refiere a la fijación del de concentración, ha de entenderse objetivamente y en sentido amplio, como lo acredita sin más la identificación de tal concepto con los de fábricas, talleres y otros activos y otras instalaciones industriales o comerciales, que se hace en los apartados b) y c).

Pero esta identificación no puede ser total, y esto a pesar de que figuren, entre los términos legales, los de "otros activos" y aún los de "otras instalaciones industriales o comerciales", cuyo significado literal es excesivamente amplio (94).

En este punto, la Ley no hace sino replantear, dentro de los límites impuestos por su ámbito de aplicación, la distinción entre concentración de capitales y concentración de empresas, sin incluir ninguna norma o criterio al respecto.

Supuesto lo anterior, seguidamente entraremos en la concreción del significado y características de los diversos procedimientos enumerados en el artículo 21.

Se ha dicho que la doctrina, en la fijación del concepto de concentración, se ha de entender dividida en dos partes:

"A) La que entiende, en términos más amplios, que la concentración existe al darse conexiones de tipo económico ó jurídico-económico entre las empresas, sin más especificaciones. Alude al hecho económico mismo de que entre las empresas se conciertal alianzas de fisonomía muy variada para acrecentar su poder y sus beneficios.

Este significado general abarca dos manifestaciones principales:

a) La integración, en la que las empresas partícipes pierden su misma individualidad y autonomía, y que se instrumenta a través de la fusión en sus diversas formas.

b) La agrupación, en la que se produce una pérdida o limitación de la libertad económica, sin que desaparezca la personalidad jurídica. Esta agrupa

ción puede ser vertical u horizontal, y tiene multitud de expresiones: trust, cártel, sociedades cooperativas , sociedades de empresas, etc.

B) También se ha interpretado el término "concentración de empresas" en un sentido más restringido análogo al que se atribuía a la palabra "agrupación" en la clasificación anteriormente expuesta: Motos Guirao contrapone así los conceptos "concentración" y "fusión", caracterizando el primero porque "subsiste en todo caso la pluralidad de organizaciones".

Con ello, al añadir una nota diferencial al concepto de concentración, queda más recortado y específico frente a la noción que se derivaba de la interpretación anterior. Se trata, en este caso, de una concreción jurídica del amplísimo fenómeno económico".

Y se ha afirmado que, en el art. 21 se recoge "indudablemente el primero" de estos significados - con base en los siguientes argumentos:

La enumeración del artículo 21 comprende figuras muy variadas en las que la intensidad del vínculo es muy distinta, como sucede, por ejemplo, entre las fusiones de empresas y los contratos de cesión de explotación.

La Exposición de Motivos, al referirse a la concentración en los párrafos que hemos transcrito al comienzo de este capítulo, ha empleado las palabras fusión

de empresas como referidas en general a los supuestos de concentración a los que el artículo 135 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1.957 concede beneficios fiscales. Precepto que no contempla un tipo único de concentración. Como tampoco incluyen un tipo único de concentración las disposiciones posteriores dictadas en aplicación de dicho artículo 135.

Si la inscripción en el Registro tiene por objeto la publicidad de las posiciones de dominio que permita evitar los posibles abusos de ellas derivados, habrá que dar a la obligación de inscribir la mayor amplitud posible.

Y concluyen considerando que la Ley, en el apartado a) relativo a la fusión de empresas, comprende cualquier forma de concentración que no esté expresamente incluida en cualquiera de los tres supuestos de los apartados b), c) y d) y que, en cierto modo, el apartado a) funciona a modo de una cláusula general, cuya inclusión expresa se echa en falta en nuestra Ley (95).

A nuestro entender, este concepto de concentración, al identificarlo con toda clase de conexiones de tipo económico o jurídico económico entre las empresas, es excesivamente amplio.

Mantener en tales términos dicho concepto equivale a negar toda relevancia a la distinción entre concentraciones y ententes, comunmente admitida por la doctrina y la mayoría de las legislaciones, que, en muchas ocasiones

siones, disponen un régimen jurídico diferente en cada caso, como se vió en su momento, haciendo así absolutamente necesaria la fijación del concepto de concentración.

En nuestro criterio, entre estas legislaciones en que se dispone un régimen diferente, hay que incluir a la Ley española de prácticas restrictivas de competencia. Y, esto, no sólo porque hay una obligación de inscripción aplicable exclusivamente a las concentraciones, sino también, porque el artículo 1 de la Ley, como veremos detalladamente en su momento, no es aplicable a las concentraciones, con lo que se hace verdaderamente fundamental la importancia de la distinción.

Con esta distinción y con la subsiguiente inaplicación del artículo 1 a las concentraciones, se hace posible el propósito de la Ley de no oponerse a la concentración, pues, de admitirse la aplicación del artículo 1, habría que entenderla prohibida en muchos casos, sin otra posibilidad, para enervar dicha prohibición, que la de obtener la autorización del artículo 3.

Por otra parte, aunque admitiésemos como términos equivalentes los de la Ley de Prácticas Restrictivas, y el del artículo 135 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1.957, la conclusión no puede ser la que se ha citado, pues, como se indicará más adelante, dicho artículo 135 no cabe referirlo a todos los procedimientos de unión económica o jurídico económica entre empresas, sino a determinados supuestos concretos, que, además, pueden entenderse comprendidos en la enumeración del artículo 21 aunque se -

mantenga una interpretación más restringida del mismo (96).

El concepto amplio a que se remiten dichos autores comprende los de ententes y concentraciones, este último identificado por la propia disposición legal - con los cuatro supuestos enumerados por el artículo 21 y, en su caso, con aquellos otros que hayan de entenderse comprendidos en la enumeración por analogía o interpretación extensiva.

Supuestos, que vamos a considerar seguidamente, y en los que pueden distinguirse, al igual que en el Derecho alemán, los tres siguientes grupos: fusión propiamente tal a que se refiere el apartado a); las transmisiones de empresas en favor de otras por un título diferente, a que se remite el apartado b), y los grupos de empresas de los apartados c) y d).

a) En el primer apartado, la Ley se refiere a la fusión de empresas.

Como la Ley se refiere a la fusión de empresas y no solamente a la fusión de sociedades, que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, reglamentan fundamentalmente los arts. 142 y s.s. de la Ley de sociedades Anónimas, habrá que entender comprendidos tanto los casos de fusión de sociedades propiamente dichos, como aquéllos en que sean parte, totalmente o no, empresarios individuales.

Todos los restantes supuestos, a que nos referimos en su momento al señalar el concepto de fusión de sociedades y los supuestos análogos, en cuanto concurra la no

ta esencial de la fusión, la integración de dos o más empresas en una única sociedad - esto es, los casos de transmisión del patrimonio de una sociedad, que permanece como tal, para integrarse en otra o para constituir una nueva juntamente con el patrimonio de otra u otras; de escisión de parte del patrimonio de una sociedad con entidad suficiente para que pueda calificarse de empresa, en los mismos supuestos del caso anterior, y la disolución de una sociedad de la que otra sea único socio cuando ejerzan ambas una actividad empresarial -, o habrán de entenderse comprendidos en este apartado o, más propiamente, en el siguiente a que pasamos a referirnos (97).

b) Las adquisiciones de fábricas, talleres y otros activos pertenecientes a otras empresas. Y, por tanto, todos aquellos acuerdos de concentración, cualquiera que sea el título correspondiente, en que una de las empresas concentradas, o la persona jurídica titular, adquiera la propiedad de fábricas, talleres u otros activos pertenecientes a otra u otras.

Este apartado, en su redacción, guarda una correlación evidente con el apartado c) de la enumeración legal, pero contiene una terminología un tanto distinta, al referirse a fábricas, talleres u otros activos y no, como hace dicho apartado c), a fábricas, talleres u otras instalaciones industriales o comerciales, terminología ésta que parece más acertada, dado el significado excesivamente amplio del término activos, como se indicó en su momento (98).

c) Los contratos de cesión de explotación y los de dirección de explotación que se refieran a fábricas, talleres u otras instalaciones industriales o comerciales pertenecientes a otras empresas. Apartado que comprende dos supuestos diferentes: aquéllos en que se adquiere un derecho de explotación y aquéllos en que se adquiere simplemente la dirección de explotación, en uno y otro caso, con independencia del título.

Supuestos ambos también en que la dirección de las empresas contratantes pasa a unificarse al adquirir una de ellas un derecho a dirigir las instalaciones industriales o comerciales de otra o un derecho a explotarlas, que, entre otras, supondrá también tal facultad, y en los que han de entenderse emprendidos, desde luego, las tres modalidades que veíamos en su momento, los contratos de arrendamiento, de gestión y de ejercicio de empresa.

d) Y la adquisición de participaciones en otras empresas en cuanto permitan alcanzar, en el modo que dice el precepto, el 25% del capital con derecho a voto.

Los tres primeros apartados comprenden supuestos caracterizados por la existencia de una unificación en la dirección de dos ó más empresas y en que, por tanto, concurre la nota característica y esencial de la concentración empresarial. En el último caso, propiamente, no puede decirse que exista una dirección única, pues una participación del veinticinco por ciento si puede ser suficiente a tales efectos, no supone siempre el control de otra empresa.

Caracterizado, en esencia, el concepto de concentración por la unidad de dirección este caso solamente cabe encajarlo dentro del mismo, suponiendo que dicha unificación exista al entender que, por presunción legal, la sociedad de la que se ha adquirido una participación se halla sometida al control de la sociedad adquirente (99).

Procedimientos de concentración
en la Ley de Prácticas Restrictivas y en las disposiciones
fiscales protegiendo las uniones de empresas.

Junto a la enumeración de procedimientos de concentración comprendida en el artículo 21 de la Ley española de Prácticas Restrictivas, existen diversas disposiciones fiscales por las que se protegen ciertas uniones de empresas, de las que, por vía interpretativa, puede deducirse también una enumeración de actos calificados como procedimientos de concentración, con lo que se hace necesario el estudio de la relación entre ambos supuestos (100).

Naturalmente, si en nuestro Ordenamiento hubiese existido una ordenación general de la concentración y nuestro legislador hubiese edificado todas estas disposiciones sobre esa base, tal estudio o no sería necesario o tendría una solución más sencilla.

Los aspectos a considerar son:

1. En primer término, si existe o no algún procedimiento de concentración admitido como tal en las disposiciones fiscales indicadas que no pueda estimarse comprendido en la enumeración del citado artículo 21, y

2. si puede darse el supuesto contrario, esto es, que alguno de los procedimientos comprendidos en la Ley de Prácticas Restrictivas no esté incluido entre los procedimientos de concentración empresarial a que se remiten dichas disposiciones fiscales.

Previamente a la consideración de estas cuestiones, lo procedente es concretar los procedimientos admitidos en cada caso. En este orden, hecha la referencia a los del artículo 21 en el apartado anterior, no queda sino la indicación correspondiente a los que admiten como tales las disposiciones protegiendo las uniones de empresas, que pasamos en efecto a considerar.

Con base en las disposiciones fiscales y utilizando su propia terminología, pueden distinguirse las siguientes categorías de uniones de empresas: a) concentraciones; b) sociedades de empresas y agrupaciones temporales; y c), asociaciones sin personalidad jurídica. Supuestos que pasamos a reseñar, aunque fijándonos exclusivamente en las notas esenciales desde un punto de vista jurídico para definir y diferenciar los distintos procedimientos (101).

a) Dentro del primer caso, a su vez, la doctrina había distinguido los siguientes supuestos:

a') La integración de empresas individuales en una o varias sociedades constituidas al efecto con extinción de las empresas concentradas (102).

b') La integración en una sociedad de varias empresas individuales o sociales, con extinción de todas las empresas que se integren, si se procede a la constitución de una sociedad nueva, o de todas menos una, si la integración se hace precisamente en una sociedad preexistente (103).

c') Constitución de una o varias sociedades nuevas y cesación parcial en la actividad de las empresas concentradas, individuales o sociales (104).

d') La disolución de una sociedad e integración de su patrimonio en otra u otras (105).

e') Integración en una o varias empresas existentes o de nueva creación, mediante segregación de uno o varios establecimientos con o sin disolución de las empresas concentradas (106).

f') Transmisión onerosa a favor de una empresa de un establecimiento, unidad de producción o parte de otra (207).

Esta clasificación, esencialmente, ha sido recogida por el Decreto de 25 de noviembre de 1971, anteriormente citado, que, en su art. 2, concreta los supuestos, a que podrán aplicarse los beneficios que recoge, a los siguientes:

"1ª) Constitución de sociedades mediante la integración de empresas individuales o sociales;

2ª) fusión de sociedades de cualquier naturaleza;

3ª) segregación de establecimientos industriales de sociedades o empresas, aunque no procedan a su disolución, para su integración posterior en otras preexistentes o de nueva creación, y

4ª) disolución de sociedades y aportación de los elementos de su patrimonio a otra u otras sociedades".

Para el caso previsto en el número 3ª, se exige además, art. 2ª, que "los establecimientos segregados y las empresas en que éstos se integran ejerzan una actividad análoga o complementaria" y "que se logre mejorar la estructura del sector".

b) Ahora, veamos el concepto de las sociedades de empresas y de las uniones temporales.

Las sociedades de empresa, constituidas por sociedades o empresarios individuales que mantengan su propia personalidad y la libertad del mercado, son Compañías anónimas que tengan por objeto alguno de los siguientes fines:

"Expansión, modernización y racionalización de las instalaciones productivas;

"Aportación y adquisición de maquinaria y otros bienes de equipo para su utilización conjunta o particular;

Promoción de ventas de los productos obtenidos, fabricados o comercializados en los mercados nacional o extranjero:

Estudio de nuevas técnicas y de mejora de métodos de producción para su ulterior aplicación;

Y cualquier otro objetivo que pueda señalarse mediante decreto acordado en Consejo de Ministros".

Imposición de fines que no ha sido efectiva en la práctica por haberse interpretado de un modo amplio.

Por su parte, las agrupaciones temporales de empresas, de la que pueden ser miembros tanto empresarios individuales como sociedades, se constituyen con el propósito genérico de lograr un mejor desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro (108).

c) En fin, las asociaciones sin personalidad jurídica suponen una unión entre empresas, sin llegar a constituir una personalidad jurídica, para la realización de alguna actividad en común que favorezca el ejercicio de la propia, siempre y cuando los resultados económicos de cada ejercicio sean imputados a cada una de las sociedades o empresarios individuales integrados en la asociación (109).

Supuesta esta enumeración, entramos en la consideración del primero de los problemas a que se aludía al principio, referente a si estos procedimientos pueden entenderse comprendidos en la enumeración del artículo 21 de la Ley de Prácticas Restrictivas.

La posibilidad de entender comprendidos en tal enumeración los procedimientos reseñados en el apartado a), calificados como de concentración, no parece ofrecer duda alguna, dado lo dispuesto en los apartados a) y b) de la enumeración del artículo 21. Y esto, por entenderlos comprendidos en dichos apartados directamente o, en su caso, por analogía o interpretación extensiva, habida cuenta además que el apartado a) se refiere a la fusión de empresas en general, y no sólo a la de sociedades.

La constitución de una sociedad de empresas, en realidad, presenta un doble problema según que lo consideremos con referencia a las relaciones de cada sociedad con la sociedad de empresas o a las relaciones entre sí de las sociedades que constituyen la sociedad de empresas.

En el primer caso, no hay duda que cabrá entender aplicable siempre y cuando la participación sea al menos del 25%, lo dispuesto en el apartado d) de la enumeración del repetido artículo 21.

En el segundo, no tanto puede aparecer existente un supuesto de concentración cuanto una entente entre empresas, a la que, en su caso, será aplicable el artículo 1 de la Ley.

En los dos últimos supuestos considerados, es decir, en las agrupaciones temporales de empresas y en las asociaciones sin personalidad jurídica, parece, que no tanto cabrá entender existente una concentración cuanto una entente entre las diversas empresas integrantes con aplicación, en su caso, del artículo 1 de la Ley.

La solución del problema, enunciado en su momento bajo el número 2, es más sencilla, pues comparando las enumeraciones transcritas se deduce fácilmente que dos de los procedimientos comprendidos en el artículo 21 de la Ley de Prácticas Restrictivas no son considerados como tales por las disposiciones fiscales repetidamente citadas.

Tales procedimientos son los incluidos en los apartados c) y d) relativos a contratos de cesión de explotación y dirección de explotación y a la adquisición de participaciones de todo tipo en otras empresas en la medida en que permitan alcanzar, en el modo que detalla el precepto, el 25% del capital con derecho a voto.

No inclusión, que entendemos justificada dado que los beneficios concedidos a la concentración por suponer una derogación del régimen jurídico general pueden limitarse por el legislador, como en efecto así es, en el modo que hemos apuntado referente a los posibles procedimientos y, además, por el señalamiento de varias otras condiciones cuya enumeración no parece procedente a nuestros fines.

La adquisición de acciones o participaciones en otras empresas como método de concentración adquiere una especial relevancia cuando se constituye una sociedad de cartera para detentar tales acciones o participaciones y, con ello, o unificar la dirección de las empresas del caso o establecer, al menos, tal posibilidad de unificación.

La inclusión de este supuesto en la enumeración del artículo 21, concretamente en su apartado d),

es indudable siempre y cuando las participaciones correspondientes, en el modo que señala dicho apartado, sean del 25%.

A él no se refieren, sin embargo, las disposiciones protegiendo la concentración empresarial. Más aún, nuestras disposiciones fiscales, al señalar determinados beneficios fiscales a las sociedades de cartera y al ordenar los fondos de inversión mobiliaria excluyen expresamente la posibilidad de que puedan servir para controlar las empresas en que participen. En el primer caso, al establecer como condición indispensable que la sociedad de cartera no participe en más del 20% en cualquiera de los capitales de las sociedades en que esté interesada y, en el segundo, al exigir que la de los fondos no exceda del 5% del capital de las sociedades en que participen. (110)

En torno a la aplicación del
art. 1 de la Ley española a
los acuerdos de concentración
empresarial.

Una vez que hemos expuesto las líneas esenciales del sistema español y sus precedentes y el concepto de concentración empresarial que la propia Ley mantiene, entraremos directamente en el primer problema de nuestro interés, relativo a la posibilidad de aplicar el art. 1 de la Ley a los acuerdos de concentración.

El problema esencialmente es el mismo que el que se ha planteado en la Comunidad Económica Europea en -

torno a la posibilidad de aplicar el art. 85 a dichos acuerdos, que estudiamos con detenimiento en el capítulo anterior, aunque en términos un tanto diferentes, como se deduce de cuanto exponemos a seguido, y de la simple circunstancia de que el art. 1 de nuestra Ley no sanciona los acuerdos, convenios o decisiones, sino las prácticas surgidas de los mismos y, en su caso, las prácticas conscientemente paralelas. (111)

De ahí, que, en nuestro Derecho, no tanto interese decidir si dicho precepto es aplicable a los propios acuerdos de concentración, cuanto a las prácticas de las empresas concentradas (112).

En todo caso, las consecuencias que se derivan de que se admita o no la aplicación del art. 1 a los acuerdos de concentración, o a la actuación de las empresas concentradas, son las mismas que se vieron en su momento en relación con el mismo problema en la Comunidad Económica Europea: Su aplicación supondría la posibilidad de controlar la estructura del mercado.

Se ha de señalar que, en nuestro Derecho, no hay lugar a distinguir los procesos de concentración, según que deriven o no de un acuerdo entre las empresas del caso, dado que, como decíamos, el artículo 1º prohíbe las prácticas conscientemente paralelas y no simplemente las que deriven de un convenio o concierto entre empresas o de una decisión de una asociación de empresas. Subsiguientemente la solución que se adopte, en principio, será válida en todos los

supuestos, sin producirse, como es el caso de la C.E.E., la distinción antes aludida entre las concentraciones según que deriven o no de un acuerdo.

Lo que es, desde luego, incuestionablemente mucho más cierto en nuestro Derecho que en la Comunidad Económica Europea es que, en una interpretación finalista de la Ley española, en relación con las restantes disposiciones de interés, el artículo 1^a no debe ser aplicable, al menos como norma general, ni a los acuerdos de concentración, ni a la actuación de las empresas concentradas.

Como vimos en su momento, la Exposición de Motivos de la Ley española nos dice que no se opone a la concentración económica, tan deseable por tantos conceptos en España, y que respeta plenamente la orientación del artículo 135 de la Ley de Reforma Tributaria de 1.957 por el que se inicia la protección fiscal de la concentración.

Principios éstos que quedarían fundamentalmente sin significación, si la norma general fuese la aplicación a los actos de concentración empresarial o a la actuación de las empresas concentradas del artículo 1^a, dado que la prohibición que dispone, con la correspondiente sanción de nulidad, a salvo únicamente la posibilidad de obtener, mediante la correspondiente resolución constitutiva, una autorización de prácticas exceptuables, no puede decirse compatible con los mismos.

Unase a lo anterior la tendencia protectora de la concentración de las numerosas disposiciones que

se citaron que no podría tampoco considerarse compatible y consecuente con una aplicación generalizada del artículo 1ª a la concentración empresarial, supuesta la prohibición que éste contiene.

En efecto, si se admite que el artículo 1ª es aplicable a la concentración empresarial, en los casos en que un acuerdo de concentración (o, en su caso, las prácticas derivadas de las empresas concentradas) haya de entenderse a un tiempo incurso en el citado artículo 1ª y protegido por las disposiciones amparando la concentración, por virtud de dicho artículo 1ª y concordantes, hasta tanto que pudiese obtenerse una autorización de prácticas exceptuables, el acuerdo sería nulo de pleno derecho y su puesta en ejecución quedaría prohibida.

Pero esta autorización, que debería conseguirse por el procedimiento de los artículos 103 y s.s. del Decreto de 4 de marzo de 1.965, por el que se aprueba el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, supondría un grave inconveniente, al menos procesal, indudablemente, en contradicción con la finalidad y significación de las indicadas disposiciones, que ni han previsto siquiera esta posibilidad, como hubiera sido obligado en otro caso, y en contradicción también con el propósito de la propia Ley de Prácticas Restrictivas de no oponerse en modo alguno a la concentración, respetando los principios del artículo 135 de la Ley de Reforma Tributaria de 1.957 y limitándose a disponer la inscripción de ciertos acuerdos de concentración.

Pudiera pensarse que, en estos casos, la intervención de otros órganos administrativos para constatar el carácter beneficioso de la concentración y los demás requisitos necesarios al efecto, excluye la competencia del Tribunal de Prácticas Restrictivas de Competencia y que así quedaba subsanada la dificultad aludida en el párrafo anterior. En nuestro criterio, sin embargo, esta interpretación no es posible, entre otros motivos, y, sin más, porque sería contraria a los artículos 1º y 3º del Decreto antes citado de 4 de marzo de 1.965 en los que se dice que "el Tribunal de Defensa de la Competencia ejerce su jurisdicción en todo el territorio español para asegurar la libre actividad del mercado... y que su jurisdicción se extiende a todas las situaciones que se contemplan en la Ley 110/1.963 de 20 de julio, siempre que produzcan efectos dentro del mercado nacional" y que "la competencia del Tribunal será privativa en cuanto a las declaraciones... previstas en la Ley..."

Más aún, nuestra Ley, en el artículo 21, en el modo que se considerará ampliamente más adelante, impone la inscripción de determinados acuerdos de concentración de empresas en el Registro de Prácticas Restrictivas, inscripción que no puede decirse compatible con una aplicación generalizada del artículo 1º a la concentración empresarial, según pasamos a ver brevemente.

En efecto, si se admitiese tal aplicación, resultaría que en muchos casos, entre otros, y, con mucha frecuencia, en aquéllos a que es aplicable la obligatoriedad de la inscripción, los actos de concentración de empresas habrían de entenderse nulos por virtud de dicho artículo 1º. Nulidad

que está, sin duda, en contradicción con la obligatoriedad de inscripción.

Como decíamos en su momento y se reconoce expresamente por la Exposición de Motivos, cuyos términos transcribíamos, la inscripción del artículo 21 no es sino una medida complementaria de lo dispuesto en el artículo 2ª, único que es aplicable, por tanto, a los supuestos de concentración enumerados en aquel precepto.

Dicho artículo 2ª prevee dos posibilidades: que la situación de posición dominante se detente por una sola empresa o por dos o más. Posibilidades ambas que - pueden ser aplicables en los casos de concentración, que no siempre suponen, aunque sí frecuentemente, la unificación absoluta de dos o más empresas en una sola.

Tal unificación existe, desde luego, en los casos de fusión y aun en los de adquisición de instalaciones, pero, no así en otros varios, como los de adquisición de participaciones financieras en otras empresas.

Pero, en uno u otro caso, cabrá siempre la aplicación de este artículo 2ª, que, como hemos visto, admite expresamente que la situación de posición dominante se detente por una sola empresa o por dos o más.

Esta es asimismo la interpretación del Derecho alemán, que, en sus líneas generales, como ya se dijo, sigue la misma orientación del Derecho español, que, además, se ha inspirado en el mismo al disponer la obligación de inscripción de ciertos acuerdos de concentración dispuesta en el artículo 21.

De ahí el hecho de que el proyecto que sirvió de base a la Ley actual incluyera un precepto, luego, no aprobado por el Congreso, por el que, a semejanza del régimen establecido en la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero, se sometían a autorización previa los procesos de concentración. Este precepto, considerado muy riguroso, cuya justificación se discutió con posterioridad y que aparece incluido en un nuevo proyecto, actualmente en preparación, no hubiese representado indudablemente ningún problema especial si los acuerdos de concentración pudiesen entenderse comprendidos en los preceptos sancionadores de los simples acuerdos entre empresas (ententes), indudablemente más rigurosos, y no sólo, en los que imponen, en su caso, la obligación de inscribirlos o en los que prohíben determinadas prácticas abusivas (113).

Para terminar, agregaremos, siempre en el mismo sentido, que la técnica jurídica dispuesta en la Ley para la aplicación del artículo 1^a, al igual que ocurre en la Comunidad Económica Europea con relación al artículo 85, no es tampoco apropiada a las exigencias de la concentración empresarial (114).

Acreditamos lo anterior: que la concesión de la autorización de prácticas exceptuables esté condicionada por la prueba previa de unos efectos beneficiosos y, en especial, de unos efectos restrictivos que han de ser los mínimos posibles; la inecuación entre la sanción de nulidad prevista por el artículo 1^a y la obligatoriedad de inscribir

ciertos acuerdos de concentración dispuesta por el artículo 21 y el número 3 del artículo 21 en el que se dispone que "los acuerdos y decisiones adoptados con anterioridad a la publicación de la presente Ley, que pretendan ampararse en su artículo 5^a, deberán inscribirse en el Registro provisional en el plazo de tres meses, contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley", precepto que propiamente no puede decirse aplicable a los acuerdos de concentración, al menos con carácter general.

Admitida, pues, la norma general de la inaplicación del artículo 1^a a los actos de concentración y a la actividad que desarrollan las empresas concentradas, es necesario concretar a tales efectos el concepto de concentración empresarial.

La Ley, como vimos en su momento, contiene una enumeración de actos de concentración en el propio artículo 21; enumeración a la que habrá que estar a este respecto.

La Ley no lo dice expresamente, sino al contrario, pues afirma sólomente que la enumeración sirve para determinar si un acuerdo de concentración es o no inscribible, a diferencia del Derecho alemán, en el que no se dice que la enumeración se establece a efectos de ~~d~~eterminar la obligatoriedad de inscripción, aunque sirva desde luego a tales fines. Pero es indudable que, a todos los efectos de interés en la aplicación de la Ley de Prácticas Restrictivas, hay que estar a este concepto de concentración y más, supuesto que, en nuestro Derecho, no hay una ordenación general

de la concentración empresarial.

Al estar a esta enumeración, la distinción entre actos de concentración y ententes, en nuestro Ordenamiento jurídico, deja un menor margen al arbitrio judicial que en la Comunidad Económica Europea. Con ello, lo que puede ganarse en certeza, puede ir en contra de la equidad. Porque, como los artículos 1ª y 2ª de la Ley establecen un régimen diferente, forzados por tal enumeración, puede considerarse como concentración una situación en que realmente se consiguen los mismos efectos que a través de un simple acuerdo y, a la inversa.

En los casos de fusión, y de adquisición de instalaciones (y hasta de adquisición de participaciones), la solución será pues coincidente con la de la Comunidad Económica Europea; no así, en los casos en que la concentración se lleva a efecto por un simple acuerdo de cesión de explotación o de dirección de explotación.

La prohibición de las prácticas abusivas y la concentración: aspectos del problema.

Como decíamos al principio de este capítulo, la Ley española, en sus artículos 2ª y 3ª, prohíbe las prácticas abusivas de las empresas en situación dominante. Preceptos que se han inspirado en el artículo 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (115).

La posibilidad de aplicar estos preceptos a la concentración empresarial, en realidad, presenta un doble aspecto, en primer término, por cuanto que, si se crea una posición dominante por la concentración, dichos preceptos, podrían ser de aplicación a las prácticas desarrolladas por la empresa o empresas concentradas y, además, porque el propio acuerdo de concentración puede ser una práctica abusiva de una empresa en situación dominante.

No ofreciendo ninguna duda el primer aspecto, como se ha dicho reiteradamente, entramos en la consideración del segundo, que se plantea en los propios términos que en la Comunidad Económica Europea, en ésta con relación al art. 86, precedente del art. 2 de la Ley española.

Como vemos, al tratar el tema con referencia al citado precepto de la Comunidad Económica Europea, el problema se presenta a su vez en dos situaciones diferentes en primer término, en los casos en que el propio acto de concentración es un acto abusivo y, en segundo lugar, en los casos en que, como consecuencia de la concentración, se suprime totalmente la competencia empresarial.

La solución, en el primer caso, no hay duda de que es coincidente con la que se examinó en relación con la C.E.E. y que el art. 2 puede ser aplicable desde luego a los actos de concentración.

Pero la solución no puede decirse análoga en el segundo aspecto.

En nuestro Derecho, no parece que la Ley haya querido en todo caso mantener la competencia empresarial. Tanto es así, que ha suprimido, con relación a los acuerdos entre empresas y demás supuestos a que se aplica el artículo 1ª, para los que se ha establecido un régimen más riguroso que para la concentración empresarial, la exigencia de que con ellos no se cree una situación de posición dominante o de monopolio, lo que quiere decir que tal exigencia, por mayor razón, no tiene razón de exigirse tampoco cuando se trata de la concentración empresarial.

Aunque el artículo 3ª, en el que se comprende, como tantas veces se ha dicho, una enumeración de su puestas que la Ley considera incluidos en las prohibiciones de los artículos 1ª y 2ª, incluye entre los ejemplos que comprende la "limitación de la producción, distribución o el desarrollo técnico", este hecho, supuesto lo anterior, no debe llevarnos sin más a entender prohibidos los actos de concentración en que intervenga una empresa en situación dominante cuando como consecuencia de los mismos se elimina totalmente la competencia empresarial (116).

La obligación de inscripción del art. 21.

De cuanto se ha indicado anteriormente, se deduce que la Ley española en su parte dispositiva, por lo que hace a la concentración empresarial, se limita a imponer la inscripción de los acuerdos de concentración a que se remite el artículo 21, que, en lo que interesa, ya se ha transcrito.

Este precepto establece los dos siguientes elementos constitutivos de la obligatoriedad de la inscripción:

a) Que exista un acuerdo de concentración y

b), que como consecuencia de tal acuerdo, las empresas partícipes pasen a controlar el treinta por ciento o más del mercado nacional o que una de las empresas partícipes de la concentración controlara desde antes dicho porcentaje del mercado.

Nuestra Ley, a diferencia de las legislaciones vigentes en Austria, Dinamarca y Noruega, por haberse inspirado en el Derecho alemán, refiere la obligatoriedad de la inscripción a los acuerdos de concentración y no a las empresas en situación dominante, que no quedan obligadas a tal inscripción sino en los casos en que lleven a efecto algún acuerdo de concentración de los comprendidos en el artículo que consideramos.

De la noción de concentración que la Ley mantiene, ya nos hemos ocupado extensamente con anterioridad y, de ahí, que no quede sino referirnos al segundo requisito, referente al porcentaje controlado del mercado, que ha sido tomado también del Derecho alemán, con la diferencia de que, en éste, el porcentaje es el 20% y, en nuestra Ley, el 30%. Este segundo requisito es aplicable en dos casos:

Primero, a los acuerdos de concentración, cuando las empresas, por consecuencia de tales acuerdos, pasen a controlar el 30% del mercado nacional y, además, a aquellos acuerdos de concentración que se lleven a efecto por una empresa que controle con anterioridad tal porcentaje.

Supuesto este segundo requisito, la obligatoriedad de inscripción ha de entenderse desde luego aplicable a los acuerdos de concentración horizontales, es decir, a los acuerdos de concentración entre competidores. En efecto, estos acuerdos suponen siempre la suma del porcentaje del mercado correspondiente a cada empresa y, por tanto, un incremento en el controlado, que puede pasar a ser, por consecuencia del acuerdo de concentración, del treinta por ciento o superior, o que podía ser, con anterioridad a la concentración, en alguna o algunas de las empresas, del treinta por ciento, sin perjuicio del incremento correspondiente.

Conclusión aún más evidente si se tiene en cuenta que, como se dijo, tal inscripción es una medida complementaria de la prohibición de las prácticas abusivas del artículo 2, condicionada, a su vez, por la existencia de una situación de posición dominante que, por definición, supone el control del mercado correspondiente en un porcentaje elevado.

Más aún, supuesto ese carácter complementario de la inscripción, en relación con la prohibición de las prácticas abusivas, parece lógico suponer que no deben entenderse inscribibles sino aquellos acuerdos de concentración que supongan una posición dominante o, al menos, que

sean, o puedan ser, relevantes a tal efecto por implicar un incremento en el porcentaje controlado del mercado.

De admitirse la conclusión anterior, resultaría que la obligatoriedad de la inscripción no debería entenderse aplicable en todos aquellos casos en que una empresa, que controle el 30% o más del mercado, lleve a efecto un acuerdo de concentración, pues sería preciso distinguir si dicho acuerdo suponía o no un aumento en el porcentaje controlado del mercado, para afirmar la obligatoriedad en el primer caso y negarla en el segundo.

Ahora bien, quiere esto decir que el precepto sólo es aplicable a las concentraciones horizontales?

En el Derecho alemán, modificada la primitiva redacción del artículo 23 que inspiró al legislador español, la solución negativa es indudable, ya que las concentraciones se declaran inscribibles en determinados casos, con independencia del porcentaje del mercado controlado, en razón de la dimensión de las empresas, deducida, a su vez, en los términos que ya se vieron, del número de asalariados, del volumen de ventas o del valor de los bienes de activo.

Por lo que hace a la legislación española, la posibilidad de entender aplicable la obligatoriedad de inscripción a los acuerdos de concentración verticales o heterogéneos indudablemente no es tan evidente como en el Derecho germano actual. En algunos casos, sin embargo, y precisamente como una consecuencia más del carácter complementario del artículo 21 en relación con el artículo 2, cabe entenderlo así.

En efecto, el artículo 2 de la Ley, al definir las situaciones de posición dominante, lo hace con referencia tanto a la oferta de un bien o servicio como a su demanda, lo que quiere decir que ha de entenderse también aplicable la obligatoriedad de la inscripción cuando el porcentaje del treinta por ciento haga relación a la demanda, aunque se trata de sociedades no competidoras en lo que se refiere a su actividad específica.

Supuesta la anterior referencia relativa a la aplicación del precepto a las distintas clases de concentración horizontal, vertical y heterogénea, se hace necesaria la fijación del concepto de mercado, que, a estos efectos, presenta una doble cuestión: concretar el ámbito territorial a tomar en consideración y, segundo, los bienes o servicios que integren dicho mercado.

En nuestro caso, la primera de estas cuestiones no tiene interés esécial, porque la Ley, al concretar la obligatoriedad de inscribir ciertos acuerdos, hace relación exclusivamente al mercado nacional.

Nuestra Ley, a pesar de que este precepto no es sino una medida complementaria de la prohibición de las prácticas abusivas del artículo 2 y de que, en éste, el abuso de posición dominante se refiere s la totalidad o parte del mercado, ha seguido un criterio distinto, que representa unas indudables ventajas prácticas, porque de otra suerte habrían de llevarse al Registro muchos acuerdos de concentración con una importancia económica muy limitada desde el punto de vista general.

Pero queda la necesidad de concretar los límites del mercado en lo que hace a los bienes o servicios a tomar en consideración.

En este punto puede darse como una conclusión comunmente admitida, que no hay que estar a las características materiales, sino a la función económica.

Dentro de esta línea, se ha de tener en cuenta que no hay en realidad un concepto único, sino varios, como lo ponen de manifiesto sin más las diversas fórmulas utilizadas al efecto: sustitución funcional; interdependencia de la demanda; características particulares... En realidad, todo depende fundamentalmente de las circunstancias de cada caso y de los fines y objetivos que inspiren la legislación que se trate de aplicar. El criterio definitivo habrá de marcarlo, pues, la jurisprudencia.

Estas mismas conclusiones son, desde luego, válidas con relación a la Ley española, como puede deducirse de algunas de las sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia; del criterio seguido por el Servicio y por la doctrina (117).

En esta determinación del mercado, se ha de tener en cuenta que, en la aplicación de las disposiciones de la Ley de Prácticas Restrictivas, rige el principio de territorialidad, como lo declara expresamente, entre otros, el artículo 1 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia al disponer: que el Tribunal ejerce su jurisdicción en todo el territorio español para asegurar la libre ac

tividad del mercado, dentro del orden público económico exigido por el bien común, y que su jurisdicción se extiende a todas las situaciones en la Ley siempre que produzcan efectos dentro del mercado nacional. (118)

De conformidad con tal principio, según se vió ya al estudiar el Derecho comparado, resulta:

Que en la determinación del mercado han de tomarse en consideración los productos o servicios extranjeros, haciéndose así posible que no sea inscribible un acuerdo de concentración que de otra suerte podría serlo;

Y que la inscripción puede ser obligatoria aunque no sean españolas las empresas partícipes del acuerdo.

En otro orden, también con relación a este segundo requisito, se ha de tener presente que, en realidad, caben dos posibilidades: que el control del treinta por ciento del mercado se entienda referido a las empresas partícipes del acuerdo de concentración o, en el caso de que efectivamente formen parte de un grupo, a la totalidad de las empresas integrantes del mismo.

El artículo 23 de la Ley alemana, en el que, como tantas veces se ha repetido, se inspiró el legislador español, en su redacción primitiva de 1.957, muy semejante a la actual española, no tomaba en cuenta expresamente tal posibilidad, a diferencia de la redacción actual introducida por la Ley de 15 de setiembre de 1.965.

Con esta modificación, se ha introducido un nuevo párrafo en el que se dice que si alguna de las empresas partícipes de la concentración es miembro de un kon-zern, tal como se define en la Ley de sociedades por acciones, todas las empresas que pertenezcan al mismo serán consideradas que forman una sola entidad a efectos de determinar el porcentaje del mercado controlado.

En nuestro Derecho, en que no se ha efectuado ninguna modificación semejante a la del Derecho alemán y en el que existe una ordenación general de la concentración empresarial, parece que se ha de estar a una interpretación más acorde con la literalidad del precepto, por la que no se tomen en consideración, en la determinación del porcentaje del mercado controlado, sino las empresas partícipes del acuerdo.

Y, sin embargo, dada la estructura económica española en la que destacan los grandes grupos de empresas constituidos por los Bancos y en el Instituto Nacional de Industria, es indudable que sería extraordinariamente interesante que el precepto pudiese ser interpretado en ese modo más progresivo a que acabamos de aludir, que, al igual que en el Derecho alemán, se ha recogido también en alguna otra legislación (119).

A tal tendencia, apunta timidamente la re-dacción del apartado d) de la enumeración legal, en el que, con relación a la adquisición de participaciones de todo tipo en otras empresas, toma en consideración las que detente la

empresa adquirente u otra ligada a ella por un acuerdo de concentración.

Personas obligadas a solicitar
la inscripción y contenido de ésta.

En fin, señalemos que, con relación a las personas obligadas a solicitar la inscripción y a la ex tensión de ésta, el art. 21, número 8 de la Ley dispone:

"Están sujetas a la obligación de solicitar la inscripción en el Registro las empresas y las unio nes, asociaciones o agrupaciones de empresas que participen en el acuerdo o decisión. El cumplimiento de dicha obligación por parte de uno de los obligados exonera a los demás".

Y que, por su parte, el art. 32 del Regla mento del Servicio, al concretar los requisitos de las solici tudes de inscripción dice: (120)

"Cuando se trate de esta clase de solici tudes, éstas deberán contener los siguientes requisitos:

a) Justificación de la personalidad de los que presentan la solicitud y del poder de representación de la Sociedad o Sociedades o asociaciones, unión o agrupación de Empresas en cuyo nombre actúan.

b) Mención individualizada de las Empre sas que participan en el acuerdo de concentración, indicando su nombre, razón social y domicilio.

c) Copia notarial del acuerdo de concentración, con mención de la fecha de su conclusión y de su duración, y copia notarial, en su caso, de los Estatutos de la Asociación que haya podido surgir como consecuencia del acuerdo con mención de su nombre o razón social y domicilio.

d) Indicación y justificación del porcentaje del mercado nacional controlado en los productos o servicios de que se trate por las Empresas participes en el acuerdo y del volumen de producción de las mismas, así como indicación de los casos del número siete del artículo 21 de la Ley en que quede comprendido el acuerdo de concentración cuya inscripción se solicita.

e) Todas las demás aclaraciones que se deseen añadir sobre puntos esenciales del acuerdo y sobre las relaciones mantenidas con otras concentraciones de Empresas, así como una relación individualizada de las Empresas importantes del sector que no tomen parte en el acuerdo".

Incumplimiento de la obligación
de inscripción.

La circunstancia de que, a la concentración de empresas, no se apliquen los arts. 1 y 2 de la Ley, al menos como norma general, sino el art. 21 por el que se dispone la obligación de inscribir determinados acuerdos de concentración tiene una importancia relevante en el orden de las sanciones.

La Ley, para los casos de infracción de los artículos 1 y 2, aparte de la nulidad de los convenios, acuerdos y decisiones a que se remite el art. 1, dispone toda una serie de sanciones: intimidación de cesación en las prácticas prohibidas y, en su caso, imposición de medidas correctoras, que, en caso de incumplimiento, puede dar lugar a la intervención de la jurisdicción ordinaria en aplicación del art. 237 del Código Penal y a la imposición de una multa; comunicación a los Tribunales ordinarios para aplicación de los artículos 539 a 541 y 564 del Código Penal y, si los beneficios obtenidos se estiman superiores a los correspondientes en régimen de competencia, proposición al Gobierno de la imposición del gravamen complementario previsto en el art. 75 de la Ley de Reforma Tributaria de 1.957.

Sanciones todas que arrancan del art. 15 de la Ley.

Por el contrario, la infracción de la obligación de inscripción impuesta por el art. 21, viene sancionada por la Ley en el art. 26 en el que se dice que el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer una multa de 5.000 a 100.000 pesetas, sin perjuicio de que se ordene por el mismo Tribunal el cumplimiento de lo previsto en las mencionadas disposiciones.

Esta declaración, que la Ley establece independientemente, está considerada también del mismo modo en el Reglamento, tanto en el art. 5, al concretar las declaraciones propias del Tribunal en Secciones, al referirse, en

el apartado j, a la posibilidad de que ordene el cumplimiento de lo previsto en los números 7 y 8 del art. 21 de la Ley, y, en el apartado i, a la imposición de las sanciones procedentes en los casos y cuantía que señalan los art. 25 y 26, siempre con independencia de los demás supuestos que se comprenden en el mismo como de competencia del Tribunal.

Y, en el mismo orden, el propio Reglamento que, en la sección 9 del capítulo 11, se remite especialmente al procedimiento para la imposición de sanciones por inobservancia de la inscripción obligatoria de los acuerdos de concentración de empresas, como procedimiento independiente de los demás que la propia Ley regula, relativos a los demás supuestos de interés.

Extremos todos que vienen a confirmar por otra parte el supuesto general de que hemos partido en el presente apartado de la inaplicación de los artículos 1 y 2 a la concentración empresarial.

Contra las resoluciones del Tribunal en que se declare la infracción del art. 21 cabe el recurso de Súplica, en tanto que, contra la imposición de la sanción, si efectivamente se impusiese, el recurso contencioso administrativo.

En fin, como última observación, diremos que como el Tribunal, a tenor de los términos del Reglamento puede ordenar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 21, queda por resolver, el tema de las sanciones en el caso de

que se incumpla la orden del Tribunal. Entendemos que, en este caso, será aplicable el art. 27 de la Ley en el que se dispone que la desobediencia a las intimidaciones del Tribunal será castigada por la jurisdicción ordinaria con la pena prevista en el art. 237 del Código Penal.

Conclusiones

Dentro siempre de los límites en que se ha enmarcado el trabajo, las conclusiones más fundamentales, que se deducen, son las siguientes:

El art. 2º de la Ley española sobre Prácticas Restrictivas de competencia prohíbe las prácticas abusivas de las empresas en situación dominante - a la que, muy frecuentemente se accede mediante un proceso de concentración empresarial - y, en consecuencia, permite controlar el comportamiento de dichas empresas.

A los acuerdos de concentración empresarial no es aplicable el art. 1º de la Ley y, por tanto, no pueden entenderse prohibidos cuando restrinjan, falseen o supriman la competencia; ni lo es tampoco el art. 2º, aunque el acuerdo suprima totalmente la competencia por la creación de un monopolio, a no ser que el acuerdo, en sí mismo, pueda estimarse una práctica abusiva de una empresa en situación dominante.

Nuestra Ley, pues, no permite controlar la estructura del mercado.

Como una medida complementaria de la prohibición de las prácticas abusivas, la Ley española, en el art. 21, exige la inscripción de determinados acuerdos de concentración.

La inaplicación del art. 1^a a los acuerdos de concentración y esta obligación de inscripción a que acabamos de referirnos suponen un régimen jurídico especial y distinto del que la propia ley dispone para las relaciones empresariales que no sean propiamente acuerdos de concentración.

Se hace así necesario fijar este concepto y, a este efecto, hay que estar a la enumeración de supuestos establecida por la ley en el art. 21 al concretar la citada obligación de inscripción.

La nota que permite unificar en una noción jurídica los distintos supuestos de esa enumeración es la unidad de dirección de las diferentes empresas partícipes, que no se da en todos ellos con la misma intensidad y que se ha de presumir existente en los supuestos de constitución de un grupo empresarial por participaciones financieras de unas sociedades en otras, cuando alcancen el porcentaje fijado en dicho precepto.

NOTAS

- (1) Barre R.; Economía Política; Barcelona, 1961; T.I, págs. 157-159. Communauté Economique Européenne; Etudes; Politique économique et problemes de la concurrence dans la C.E.E. et dan les pays membres de la C.E.E.; Bruselas, 1966; págs. 47 y s.s. Deeman W.A. Capitalismo, socialismo de mercado y planificación central, Barcelona 1970. Ota Sik; Actualidad Económica, n^{OS} del 19 y 26 de setiembre y 3 de octubre de 1970. Tinbergen; Lecciones del Pasado, Barcelona, 1965; págs. 44 a 59. Ugarte; Problemas de la Planificación Central; Reformas de la planificación, el poder y el mercado socialistas; Información Comercial Española, enero 1970. Sampedro; Las fuerzas económicas de nuestro tiempo; Ediciones Guadarrama, Madrid.
- (2) Boletín de Londres, editado por el Banco de Bilbao, n^a 210. Bernar, I.; El Comercio con los países del Este, Asociación para el Progreso de la dirección, Bilbao 1967. Dobernat R., L'economie soviétique cinquante ans après. Viable, mais en retard, Journal de Genève, 7 del 11 de 1967. Desarrollo, 20 de abril de 1969, recogiendo tres publicaciones de la Ekonomicheskaja Gaceta de Moscú del año 1969. Información Comercial Española, n^a 422 y Menchaca A, La U.R.S.S. hoy, Madrid, 1967.
- (3) A, Bienaymé; L'entreprise et le pouvoir économique; Dunod économic. 1.969, págs. 91 a 93. Bernini; La tutela della concorrenza e i monopoli (Studio di Diritto Comparato); Milán, 1.963 tomo I, págs.31 a 39. Castañeda José,

Lecciones de Teoría Económica, Madrid, 1968, págs.416 a 420. Castañeda A. la teoría de la competencia imperfecta a los 40 años. Información comercial Española nº 450, págs. 19 a 55. Communauté Economique Européenne; Etudes; Politique économique et problèmes de la concurrence dans la C.E.E. et dans les pays membres; citada págs. 47 a 51. Chamberlin E. Teoría de la competencia monopolística. México 1.946. Garrigues; La Defensa de la Competencia mercantil; Madrid, 1.964; págs. 9 a 31. Henderson J.M. Quandt R.E.; Teoría Microeconómica, Barcelona 1.968, págs. 100 y 101. Houssiaux; Competencia y mercado común, Bilbao 1.963. Lewinsohn Richard; Trusts et cartels dans l'économie mondiale; Paris 1.950, principalmente, págs. 32 a 36 y 334 a 339. Monopoly and competition and their regulation; conteniendo las ponencias y conferencias del congreso celebrado sobre el tema por la International Economic Association; editado por Edward H. Chamberlin, London 1.954, Machlup Fritz; The economics of seller's competition. Baltimore 1.952. Muñoz Linares; El monopolio en la industria eléctrica; Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones. Pérez Ordoyo; Función económica y social de los trusts; Madrid, 1.920. Piatier A. y otros; Les formes modernes de la concurrence; Paris 1.950. Prados Arrate; Monopolio y competencia monopolística; Madrid 1.972. Robinson, Monopolio, México 1.942. Triffin Robert; Monopolistic competition and general equilibrium theory; Cambridge 1.949. Vito Francisco; I sindacati industriali, cartelli e gruppi Milán 1.932.

- (4) Los inconvenientes que representan las situaciones de monopolio y aun de posición dominante frente a aquéllas dominadas por la competencia son de carácter económico y político-sociales.

A veces, las situaciones de posición dominante y monopolio se ha defendido considerándolas como un medio de aumentar la dimensión empresarial, indispensable para aplicar los nuevos procesos técnicos productivos y el desarrollo de una labor de investigación y afirmando que hoy los productos y las necesidades son tan diferentes que siempre cabe una competencia potencial.

No obstante se ha de tener en cuenta que no es cierto que las innovaciones técnicas emanen siempre de la gran empresa; que no basta con conseguir la gran empresa si ésta no actúa eficientemente; que la dimensión, muchas veces, sobrepasa los niveles óptimos; que no bastan los progresos que pueden suponer las innovaciones técnicas si éstos no repercuten en beneficio de la generalidad...

Los grandes trust son, además contrarios a los principios democráticos y esto por varias razones: sus dirigentes no han sido elegidos democráticamente y, sin embargo, ejercen un poder económico de inmensas proporciones; ni su actuación está inspirada por el debido respeto a los derechos individuales, ni controlada por un órgano elegido democráticamente...

Vid, Allen G.C., Monopoly and restrictive practices, Londres, 1.968, págs. 7 a 23 y Franz Bohm; Democracy and economic power; Kartelle und monopole in modernen recht; Frankfurt 1.961, Tomo 1. págs. 25-45.

- (5) Galbraith, Capitalismo americano; el concepto del poder compensador, Editorial Ariel, Barcelona. Galassi G. Concentrazione e cooperazione interaziendale, Milán 1.969, págs. 22 a 36, y Sonchon A., Les cartells de l'agriculture en Allemagne, Paris 1.903.
- (6) Vid bibliografía cit. not. 3 y O.C.D.E.; Guide de la Législation sur les Practiques Commerciales Restrictives en Europe et en Amérique du Nord; Paris, donde se contiene la recopilación de la legislación vigente en los estados miembros y en la C.E.E. y C.E.C.A.
- (7) En relación con la necesidad de estas disposiciones en los jóvenes estados africanos, Desarrollo, 9 de Junio de 1968.

En algunos países en que hoy se ha establecido un régimen de economía dirigida, en otras épocas, se sintió también esa misma necesidad. Así, en Hungría, Checoslovaquia y Polonia, donde se dictaron disposiciones al efecto en 1.931, 1.933 y 1.934, respectivamente. Vid Lewisohn R, Trusts... cit., págs. 315 y 316.

- (8) En relación con el Derecho español anterior a la Ley de Prácticas Restrictivas, vid, Alvarez L.C., la sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de concentración; Valladolid 1958, págs. 55-61.

Particularmente son de interés las sentencias de 20 de junio de 1.917; 21 de abril de 1.926 y 23 de Febrero de 1.948, en las que se admite la licitud de algunas de las situaciones que hoy regula la Ley.

En esta última, en relación con la constitución de un consorcio de varias empresas, cuya ilicitud, por razón de sus fines, se alegó ante el Tribunal, se dice:

"....

....

No quebranta precepto legal alguno vigente al constituirse la Asociación según doctrina de la sentencia de 21 de Abril de 1.926, puesto que no forma un monopolio por haber otras fábricas no asociadas y su fin no es alterar abusivamente los precios de trabajo o de las mercancías sino evitar la superproducción...

....

....

Y los medios que determinan para ello esos Estatutos de proporcionar la producción a la capacidad de cada fábrica con las obligaciones de vender sus productos por mediación de S.D.P. y a los precios

que la Asociación fije son también perfectamente lícitos...

....

....

Por todo lo cual es evidente que esa Asociación no es ilícita ab initio por las esencias de sus fines y el mal uso que pudiera más adelante hacerse de ellos no atañe a esa licitud",

En la sentencia de 21 de abril de 1.926, al considerarse que en la asociación de fabricantes cuya licitud se discutía, no se habían asociado todos los fabricantes y que éstos no habían perdido su libertad de administración, se concluyó afirmando su licitud.

Por el contrario, la sentencia de 15 de enero de 1.894, en relación con una sociedad constituida por almacenistas de papel pintado que, en sus estatutos, obligaba entre otros, a boicotear a cuantos no quisieran asociarse o quebrantaran aquellos estatutos, se declaró la sociedad contraria a Derecho porque suponía una tendencia a alterar el precio de las cosas, coartando la libertad de contratación y del trabajo y regulando sus condiciones, bajo cuyas bases no es lícito establecer vínculo alguno eficaz en Derecho.

- (9) La Ley española, en su Exposición de Motivos, y, con ella, la mayoría de los autores consideran que la Ley Sherman fué la que inició el movimiento legislativo de represión de las prácticas restrictivas de competencia.

Pero no es así, en realidad, porque, en Canadá, un año antes, esto es, en 1.889, ya se había aprobado una disposición de este tipo. O.C.D.E.; Guide... cit.; Volumen I; Canadá; Introduction to Section 1, pág. 1.

- (10) Report of the Attorney General's National Committee to Study the antitrust laws. Imprenta Nacional de ls EE. UU. 1.955.

El Servicio de Defensa de la Competencia, en su trabajo titulado, la defensa de la competencia, publicado en Información Comercial Española, número 450-1.970, pág. 93 y s.s. dice:

"Creemos que el Gobierno podría servirse más de la jurisdicción de defensa de la competencia utilizándola como una barrera cuyo cometido, precesamente, sería el defender los principios y mantener en rumbo una economía de mercado, porque si esta economía de mercado supone daños ocasionales y momentáneos, en términos generales, deben esperarse de ella efectos positivos para la sociedad en su conjunto, a medio y largo plazo. La jurisdicción de defensa de la competencia, por lo mismo que no está implicada en los problemas económicos de cada momento, brinda una posibilidad de constancia y de firmeza en el mantenimiento de una trayectoria que no ofrece ningún otro instrumento de la Administración Pública".

(11) Este informe se completó por el Gobierno Alemán en 1.964 (Bundestag document~~y~~.IV 2, 320) y a él se hace referencia en todas las obras. Vid. Guide... ya citada; Allemagne; 2.0. pág. 13.

(12) Esta distinción puede verse también en nuestra legislación fácilmente, pues aunque la Exposición de Motivos indicke expresamente que la Ley se ha de entender inserta en el orden público-económico, no hay duda de que, en ella, se contienen también preceptos de Derecho privado. Entre otros, el artículo 6^a que se remite exclusivamente a las acciones civiles.

Pero en otras legislaciones la distinción es mucho más notoria. La Ley suiza de 20 de diciembre de 1.962 distingue perfectamente ambos aspectos: los artículos 4 a 16, que contienen disposiciones de Derecho privado, y los artículos 17 a 22, que incluyen preceptos de Derecho administrativo y de procedimiento administrativo.

En general Vid, C.E.E.: La reparation des consequences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traité Instituant la C.E.E. Serie Concurrence A. Bruxelles, 1.966.

(13) Ascarelli, T.; Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales; Barcelona 1.970, págs. 23/31, Communauté Economique Européenne; Etudes; Politique économique..., cit., págs. 26 a 36. O.C.D.E.; Practiques commerciales restrictives; Résumé, comparatif des législations en -

Europe et en Amérique du Nord; París; págs. 109-113, donde se contiene la referencia a las disposiciones que determinan el campo de aplicación de la política de la competencia.

- (14) Baena del Alcázar; Régimen jurídico de la intervención administrativa en la Economía; Madrid 1966; págs. 175 y s.s. Manzanedo y otros; Curso de Derecho Administrativo económico; Madrid 1.970; págs. 30 y s.s.
- (15) Según cifras del propio Instituto Nacional de Industria, "los balances de situación del I.N.I. han pasado de 1966 a 1968 de 124.972 a 171.544 millones de pesetas.

En el I.N.I. sus actividades sobre las empresas con él relacionadas tienen tres graduaciones: 1ª empresas con un 100 por 100 de capital suyo; 2ª empresas donde cuenta con la mayoría del capital y 3ª empresas en que su participación financiera es minoritaria.

Los fondos de participación del I.N.I. se distribuyen en estos tres tipos de empresas, respectivamente, con 16.410 millones, con 187.248 millones y 67.723 millones. En total 271.383 millones.

Esta cifra de 271.383 millones se corresponde con los fondos de financiación de todas las empresas en que el I.N.I. interviene, aunque lo aportado directamente por el instituto no exceda de 178.000 millones.

El I.N.I. extiende su influencia sobre 73 sociedades, que, a su vez, tienen otras 70 filiales".

El Economista, n^{OS} del 26 de setiembre de 1970 y 24 de abril de 1971.

- (16) Baena del Alcázar; Régimen... cit. Manzanedo; Curso de Derecho Administrativo... cit. Muñol Linares; el Monopolio en la industria eléctrica, en especial prólogo de Manuel de Torres, cit; Tamames, La lucha contra los monopolios; Madrid, 1966.
- (17) El Seminario del Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones, en su obra, Panorámica de la regulación de la competencia dentro del Tratado de la C.E.E., Madrid 1966, pág. 77, establece, como segunda y última conclusión de dicho estudio, la siguiente: la protección de la libre competencia no puede enclaustrarse en unos cuantos preceptos. Se trata más bien de un principio cuya realización exige no sólo una regulación específica, sino la necesidad de ser respetado en todo el ordenamiento jurídico...

Fontana Codina, al inaugurar la quinta Feria Internacional de Muestras de Bilbao, año 1970, entre otros, dijo: La próxima década de 1970/80 planteará sin duda la necesidad de una asimilación más profunda, por la Administración y por los particulares, de los principios que inspiran una economía de mercado que se ha pretendido sustituir por decisiones de la Administración, que sólo

están justificadas transitoriamente. Actualidad Económica n. del 4 de junio de 1970.

(18) Communauté Economiqué Européenne; Etudes; Politique Economique..., cit. pág. 37.

(19) Alvarez L.C.; La sociedad de responsabilidad... cit. págs. 62 y s.s.

Galassi G.; Concentrazione e cooperazione interaziendale; Milán 1.969, pág. 194. Garrigues; Formas sociales de uniones de empresas; Rev. de Derecho Mercantil, 1.947, pág. 51 y La Defensa de la competencia, cit. pág. 90. Lapergne J.; Les Syndicats de producteurs en France; París 1.925, que utiliza precisamente el término sindicatos, no obstante prestarse a confusión, dada esta dificultad.

(20) Sobre fusión de sociedades, vid: Commission des Communautés europeennes, Proposition de troisieme directive sur les fusions de sociétés anonymes, Suplemento al Boletín 5 de 1.970. Bérghamo, Sociedades Anónimas, Las acciones, Madrid 1.970, Tomo III, pág. 252 y s.s. Garrigues J. Tratado, Madrid, 1947, 1-3 pág.1.265. Motos, La fusión de sociedades mercantiles, Madrid 1.953. Praxis Mercantil, Sociedades mercantiles, anónimas, limitadas; transformación, fusión y unión de sociedades. Sainz, Fusión de sociedades en régimen de acción concertada o de concentración de empresas, Revista de Derecho mercantil, núm. 112, páginas 209 y s.s. Rubio, Curso de Dere-

cho de Sociedades Anónimas, Madrid, 1.968, páginas 405 y s.s. Uría, Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid 1.953, Tomo II, página 594-596 y 642-690. Velasco A. La ley de sociedades anónimas y concordancias. Barcelona 1.969, págs. 512 a 552.

Sobre aspectos jurídico fiscales y laborales de la fusión, vid; Boletín de Estudios Económicos, número 70, enero-abril de 1.970, con artículos de Rafael Cobo, Fernández Miranda, Martín de Eizaga y Fernando Barrena. Matilla R., Problemas fiscales en torno a la fusión de sociedades, Revista de Derecho Mercantil, nº 103, págs. 165 y s.s.

(21) Vid: Commission des Communautés européennes, Proposition.. cit. art. 1 y págs. 4 a 6 del comentario al texto.

(22) Vid, Uría, Comentarios... cit. págs. 594-596 y 642-690.

En la directiva sobre Fusión de Sociedades Anónimas de la C.E.E. antes citada se estudian las figuras semejantes a la fusión. El art. 20 se remite expresamente a la disolución de una sociedad con transmisión de su patrimonio a otra, cuando ésta sea titular de las acciones de aquélla, supuesto ya examinado en el texto, para el que se dispone la aplicación de la mayoría de las normas sobre fusión y el art. 21, a los restantes procedimientos semejantes a la fusión, que no enumeran, disponiendo también la aplicación de muchas de las normas referentes a la fusión.

En la explicación de dichos preceptos, págs. 4 a 6, se señalan como figuras semejantes a las que puede ser aplicable el art. 21 las siguientes: la escisión de una sociedad; la aportación de una rama de actividad; las operaciones por las que una sociedad transfiere a otra u otras la totalidad o parte de su patrimonio, y, en contrapartida el saldo en metálico o en especie no excede del 10%.

La escisión supone la disolución de una sociedad y la división de su patrimonio entre dos ó más, ordinariamente, pasando a ser los accionistas de aquélla, socios de éstas. Jurídicamente, el procedimiento presenta, pues, indudables analogías con la fusión. En principio, el procedimiento más que de concentración parece de desconcentración. Pero puede no ser así, si los socios mayoritarios de la sociedad que se extingue siguen siendo mayoritarios de las demás, supuesto en que pueda aumentarse incluso el grado de concentración, o en que se constituya un holding, variando simplemente el procedimiento de concentración.

Sobre la escisión, vid; Champaud C., Le pouvoir de concentration de la société par actions, París 1.962, págs. 185-194.

- (23) Salandra; Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi); Padova 1.934; págs. 63 a 84.

- (24) Sobre Cartels y grupos y su distinción, vid; Allen; Monopoly and restrictive practices; cit. págs. 34 a 49. Chapaud C; Le pouvoir de concentration de la société per actions; Paris 1.962, págs. 189 y s.s. Communauté Economique Européenne; Etudes; le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration; René Rodière; Bruselas (1.967) págs. 63 a 57. Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables; Les groupes et groupements des sociétés: París 1.968; págs. 72 a 252. Ferri; Manuale de Diritto Commerciale; Torino 1.961, págs. 152 a 163. Garcin W. Structure de l'entreprise et du groupes d'entreprises dans le Marché Commun. La empresa multinacional; Universidad de Navarra 1.970, págs. 280 y s.s. Garrigues; Formas sociales... cit. págs. 51 y s.s. Girón Tena; Las Grandes empresas; Universidad de Valladolid; págs. 105 y s.s. Lewinsohn R.; Trusts et... cit.; págs. 12 a 20. Machlup; The political economy of monopoly; Baltimoro 1.952, págs. 81 y s.s. Michels R.K.; Cartels combines and trusts in post war Germany; Nueva York 1.928. Salandra; Il diritto... cit. págs. 86 y s.s. Uría; Teoría de la concentración de empresas; Revista de Derecho Mercantil, 1.949; págs. 315 y s.s. y Van Haeche M., les groupes des sociétés, París 1.962.
- (25) Vid bibliografía cit. nota anterior y O.C.D.E.; Guide... cit.; esta última, sobre todo, en la jurisprudencia recogida.

- (26) Champaud, Le pouvoir... cit. págs. 105 a 162. Communauté Economique Européenne; Etudes; Le droit des sociétés... cit. págs. 55 y 56. Ferri; Manuale... cit., pág. 152. Salandra; Il diritto... cit. pág. 16 y Van Haecke; Les groupes..., cit. págs. 26 y 115 y s.s. Würdinger, Aktien und Konzernrecht, 2ª ed. Kalsruhe 1966, pags. 254/257.
- (27) Duque, las uniones de empresas en la reforma alemana del Derecho de sociedades por acciones; An. de Dª Civil, año 1964, págs. 298 a 401. Girón; Las grandes empresas... cit. págs. 130 y 131. Würdinger, Aktien... citada, págs. 282 y s.s.
- (28) Bernini; la tutela de la libera concorrenza e i monopoli; Milán 1963; tomo II, págs. 47 a 52, ante esta dificultad, distingue sin más, dos tipos de concentración: loose concentrations y close concentrations.
- (29) Alvarez L.C.; La sociedad de responsabilidad... cit.; págs. 85 y s.s. Communauté Economique Européenne; Etudes; Le droit... cit. págs. 53 a 57 y Conseil Supérieur d l'ordre des experts comptables; Les groupes... cit. págs. 84 a 166. Contrario a esta clasificación es Salandra; Il diritto... cit.; pág. 121.
- (30) Champaud; Le pouvoir... cit.; págs. 53 a 62, donde fija el concepto de sociedades filiales comunes como el de aquellas sociedades cuyas acciones son detentadas, en su mayoría, por sociedades respectivamente independientes o pertenecientes a grupos distintos y cuya dirección económica se ejerce colectivamente por las sociedades

participes con independencia del quantum. Vid también, Van Haecke; les groupes... cit. págs. 53 a 62.

- (31) Communauté Economique Européenne; Etudes; Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration, Rene Rodière; Bruselas 1.967; págs. 53 a 67. Duque; Las uniones de... cit., págs. 407 y s.s.; Salandra; Il diritto... cit., págs. 125 y 126 y Van Haecke; les groupes...; cit. pág. 17.

Salandra, con relación a los contratos de arrendamiento de obra y suministro, considerados a veces como susceptibles de determinar un grupo, dice que, en éstos, la dirección resta independiente pero la tarea a cumplir y, por tanto, la producción vienen señaladas por las empresas para que se ejecuta el trabajo o que adquieren el suministro. El poder que de este modo puede ejercerse en beneficio de los intereses del grupo es, más que jurídico, económico y, de ahí, que estos contratos, aunque frecuentes en los grupos, no se hayan de considerar como contratos típicos constitutivos de los mismos.

- (32) Guerra; Le società di partecipazione; Milán 1.957. Libonati B.; Holding e investment trust; Milán 1.969. Más en concreto sobre participaciones recíprocas, Fanelli; Le partecipazione sociali reciproche; Milán 1.957 y Guerra; citada. págs. 133 y s.s.
- (33) Salandra; Il diritto... cit. págs. 123 y 124.

- (34) Duque; Las uniones de... cit. págs. 404 a 406 Lewinsohn; Trusts et cartels... cit.; pág. 15 y Salandra; Il diritto... cit. págs. 113 a 115.
- (35) Vid bibliografía general del capítulo y, en relación con los acuerdos verticales, O.C.D.E.; Guide... cit., principalmente, en sus secciones de jurisprudencia.
- (36) Machlup, The political economy of monopoly, Business, labor and government policies, Baltimore 1.952, págs. 81 a 85, señala la gran confusión existente en numerosos autores en relación con el concepto de concentración y especialmente con la división ententes y concentraciones. Incluso entre los autores que estudian la política de la competencia, es frecuente no estar al concepto de concentración empresarial como un todo, limitándose al estudio histórico-económico de las diferentes formas de unión y cooperación empresarial. Este es el caso, por ejemplo de Péres Ordoyo, Función económica y social de los Trusts, Madrid 1.920, págs. 23 y s.s. y de Vito, I sindacati industriali, Cartelli e gruppi Milán 1.963 págs. 235 a 259, donde va estudiando separadamente: los frupos, con distinción en razón de que existan vínculos financieros, uniones personales o simples acuerdos; la noción de sociedad madre y sociedad filial; los holdings; las sociedades en cadena; los grupos bancarios; los cartels... La distinción, por el contrario está recogida, a veces sin la denominación que venimos utilizando, por Lewinsohn Trusts et... cit., págs. 12 a 20; Machlup; The politi-

cal... cit. Págs. 85 a 117. Michels R.K.; Cartels...
cit. págs. 17 y s.s.

La doctrina mercantil ordinariamente define y estudia los distintos tipos de uniones de empresas y, entre ellos, los que integran la noción de concentración, fusión y grupos principalmente, éste último como opuesto al de cártel o ententes, sin unificar estas dos categorías y cualquier otra en que concurren los caracteres del caso en el concepto de unidad económica.

Girón Tena, Las grandes empresas, cit. pág. 105, nos dice que interesan dos grandes troncos: la fusión y las uniones de empresas distinguiendo dentro de este último, los grupos y los carteles. Ferri, Manuale... cit.; págs. 152 a 163, distingue los conceptos de fusión, grupos y, dentro de él sus diferentes modalidades, cártel y consorcio. Garrigues, Formas sociales de uniones de empresas, Revista de Derecho Mercantil, 1.947, págs. 51 y s.s. distingue las concentraciones personales y reales, el cártel, el konzern, la concentración por medio de un contrato o por transmisión de bienes...

Uría, Teoría de la concentración de empresas, Revista de Derecho Mercantil, 1.949, págs. 315 y s.s. distingue diferentes tipos de uniones de empresas y, entre éstos, los conceptos de entente y grupo o konzern. Pero este autor da un paso más, pues aunque no formula expresamente el concepto, señala la realidad que supone el mismo, al referirse a la relación existente entre la fusión u otras

modalidades de uniones empresariales, y dice que a medida que aumenta el grado de organización y cohesión interna entre las diferentes empresas encubren una verdadera unidad bajo el manto aparente de la variedad y sólo barreras de carácter formal las separan de la fusión.

La noción en los propios términos que en el texto se recoge por Communauté Economique Européenne; Etudes; Le probleme de la concentration dans le marche commun, Bruxelles 1.966, págs. 13 y 55. Commission des Communautés Europeennes; Etudes; le droit des sociétés... cit. Duque; Las uniones de... cit. págs. 399 a 401. Instituto de Censores jurados de Cuentas; dictamen; cit. por Duque, nota 9, pág. 385.

- (37) La recopilación de los preceptos mercantiles de interés en los diferentes países del Mercado Común, puede verse en Garcin; Initiation au Droit des affaires des pays du marché commun; Paris 1.969; Tomo I. págs. 243 a 298, Conseil Supérieur des experts comptables et comptables agréés; Les groupes... cit. págs. 211 a 233 y la de las normas sobre competencia, en O.C.D.E. Guide... cit. Sobre el proyecto de la Ley alemana, Communauté économique Européenne; Le droit... cit. Girón; las grandes empresas... cit. y Duque; Las uniones... cit.

- (38) Vid fundamentalmente: arts. 354 y s.s., sobre filiales y participaciones recíprocas, y 371 y s.s. sobre fusión y escisión, todos de la Ley de 1.966.

Morandiere; Rodiere y Houin; Droit Commercial; Tomo I; París 1962; páginas 282 y s.s. y 302 y 303. Garcin W.; Initiation... cit. T. I, págs. 279 y s.s.

Sobre el sistema represivo de aplicación en los casos de sociedades filiales, son de interés los arts. 245 y 437 de la citada Ley. Una sentencia realmente interesante es la dictada por la Cour d'Appel de Paris el 22 de mayo de 1.965 en el asunto Fruehauf, donde se designó un administrador judicial en orden a hacer prevalecer los intereses sociales sobre los de las sociedades partícipes. Sentencia que conduce indudablemente a la negación de la posibilidad de funcionamiento de los grupos en cuanto tales.

- (39) Alvarez L.C.; La sociedad... cit., págs. 62 a 67. Champaud; Le pouvoir... cit.; págs. 209 y s.s. D'Halluin y Allaud; Actualidad Económica, núm. del 29 de nov. de 1.969. Machlup; The political... cit.; págs. 110-113. Van Haeche; Les groupes... cit. págs. 41-44.

- (40) Bernini; La tutela... cit. Galassi G. Concentrazione... cit. Piatier... y otros; Les formes modernes de la concurrence; en especial, Preface por André Marchal y cap. V. Dimensión de L'entreprise et concurrence por M.Peyravd; Paris 1950 - Houssiaux; Competencia y Mercado Co-

mún, Bilbao 1.963. Lacourt R.; Concentraciones y fusiones factores de integración; De Economía nov. 1.970
Marchal A.; Necesidad económica de las fusiones y concentraciones de empresas; De Economía; noviembre 1.970.
Martín Saint - León; Cartells y Trusts. Madrid 1.876.
Monopoly and competition and their regulation (conferencias pronunciadas en Congreso de la Internacional Economic Association); New York 1.954.

El art. 41 de la Constitución italiana dispone que la competencia no debe lesionar los intereses de la Economía Nacional dentro de los límites fijados por la Ley.

- (41) La importancia actual de la gran empresa y de las uniones entre empresas es puesta de manifiesto casi sin excepcción por todos los autores que se ocupan del tema.
Vid: Girón Tena; Las grandes empresas... cit.; págs. 19 a 21 y 100 a 104. Guttersohn; Importancia económica y social de las pequeñas y medianas empresas; en el vol. También la pequeña empresa tiene porvenir; Barcelona 1.964 págs. 13 y s.s. Lewinsohn R., Trusts et... cit. págs. 329 a 332. Tait Edward; Legal methods of preventing business consolidations that reduce competition, en el vol "Kartelle und monopole in modernen Recht", Frankfurt 1.961, tomo II, págs. 413 y s.s.

Una indicación de los casos más famosos de concentración en Europa durante los últimos años, puede verse en Guereca Tosantos, Concentración y reestructuración económica, Documentación económica, volumen 1.

Ante este movimiento creciente, tanto en Alemania, como en Estados Unidos se están preparando nuevas normas en orden a reforzar la intervención administrativa.

La importancia de las grandes empresas en la organización económica actual constituye el fundamento principal de la tesis de Galbraith en relación con la pretendida soberanía del consumidor que él ha negado por primera vez *El Nuevo Estado Industrial*, Barcelona 1.967.

- (42) Armand y Drancourt M.; *Les investissements etrangeres en Europe, Le pari europeenn*. París 1.968. Institut D'administration des entreprises de l'Université de París. *Les investissements etrangeres en Europe*. París 1.968. Meynaud J. y Sidjanski D.; *L'Europe des affaires*; París 1.967. *Chimie et Industrie*; mayo de 1.968. Servan Schreiber; *El desafío americano*, Barcelona 1.968. Stolze Diethe *La tercera potencia mundial: La industria y la economía constituyen una nueva Europa*. Barcelona 1.965. Trowbridge Alexander; *La Comunidad Industrial atlántica mira hacia el futuro*; *Spanish american trade*: Navidad 1.967.

El Presidente de la Comisión de la Comunidad Económica Europea, Jean Rey, en el discurso pronunciado el 15 de mayo de 1.968, afirmó la necesidad de una cooperación entre las naciones para definir un cierto número de proyectos prioritarios que deberían realizarse en común y que tal cooperación debería llevar a una reestructuración de las industrias de tal modo que pudieran utilizarse los efectos del volumen y series con objeto de

permitir a las industrias europeas luchar con igualdad de armas con las industrias del otro lado del Atlántico. Y afirmó también que, con objeto de incitar a las industrias de la Comunidad a agruparse o fusionarse entre sí, habría que concederles garantías de venta por medio de una política de contratos y de pedidos públicos.

- (43) Sobre la consideración de que la concentración y, en general, las uniones empresariales suponen una reducción de la competencia, se han formulado también otras objeciones intentando restar importancia, al menos con referencia a ciertos sectores, a la dimensión como factor de competitividad y destacando la importancia de las pequeñas y medianas industrias. Gelliner y otros; También la pequeña empresa tiene porvenir; cit. Kartelle und...cit. Volumen 1, págs. 25 a 45. Goc L. Problemas reales sobre las concentraciones de empresas francesas; Asociación para el Progreso de la Dirección. Madrid 1.968.
- (44) Asociación para el Progreso de la Dirección: Asociaciones y uniones de empresas; Madrid 1964; Fusión y concentración de empresas, Madrid 1966; y Los problemas reales de las concentraciones de empresas, Madrid 1.968. Boletín de Estudios Económicos; enero abril de 1.970. Guerra Tosantos; Concentración... cit. Pérez Ordoyo; Función económica... cit. Perpiña; La constitución económica de España 1.935-1.967, como muestra de comunidades económicas heterogéneas y ante el Mercado Común; Boletín de Es-

tudios Económicos; diciembre de 1.968. Prados Arrazte; España y el Mercado Común; Información Comercial Española; oct. 1.967. Wormald A. Los cambios de estructura de la empresa moderna; La industria española dentro del Mercado europeo; Asociación para el Progreso de la Dirección. Bilbao 1.966.

- (45) Tamames; La lucha... cit. pág. 230.

Son posteriores a la redacción del trabajo las leyes de 10 de mayo de 1.972 aprobando el III Plan de Desarrollo y la del 15 de julio de dicho año, en la que se contiene el Texto Refundido. A ambos aspectos de la política económica se refieren ambas leyes y el propio Plan de Desarrollo. Dentro de este último son particularmente interesantes el punto 2.1 en relación a la dimensión y el apartado 4.5 referente a la necesidad de fortalecer el mercado.

- (46) En el II Plan de Desarrollo al señalarse los objetivos generales se dice; iniciadas las negociaciones con la Comunidad Económica Europea es necesario que la calidad de los productos y precios (factores determinantes de la competitividad) estén en consonancia con los existentes en el Mercado Común de forma que la integración pueda cometerse con perspectivas de éxito.

López de Letona, El entorno económico español para la empresa multinacional; La Empresa multinacional... cit. págs. 137 a 146, como resumen, dice: sin duda ello traerá consecuencias que modificarán las expectativas de evolución económica de España. Cuando este momento se

acerque, estamos seguros de que no todos los datos de la coyuntura serán desfavorables a España. Pues es posible que, aunque muchos de los factores que ahora favorecen nuestro desarrollo económico no sean entonces tan positivos, habrá otros factores nuevos que a buen seguro compensarán con creces.

- (47) Alvarez L.C.; La sociedad... cit. págs. 25 a 61 - Housiaux J.; Presentation Generale: Les faits, l'intervention Publique, le Mañagement; Direction; n^a 169, febrero de 1.970, págs. 150 y s.s. Prados Arrarte; Monopolio... cit., págs. 89 y s.s. Tamames; la lucha... cit., págs. 132 a 146 y 179 a 184. Rodiere R.; Limitations de la concurrence interdites aux termes de l'article 85, du Traité de la C.E.E.; Kartelle und... cit., vol. I; págs. 261 a 272.

En Alemania, dice este autor, durante el régimen nacional-socialista, el capital de las sociedades concentradas llegó a ser el 90% del de la totalidad de las sociedades y, en Inglaterra, en mayo de 1.943, se habían creado 5.300 concentraciones agrupando 2.880 fábricas.

En relación con Italia, vid especialmente: O.E.C.D.; Guide de la Legislación... cit., Vol.IV, Italie, Introduction.

En Italia, hasta 1.932, no existió una reglamentación especial de carácter permanente en esta materia. Aunque el Estado intervenía con frecuencia para resolver situaciones y necesidades ocasionales. Antes de la primera

guerra mundial, imponiendo la constitución de consorcios de las empresas pertenecientes a determinadas actividades económicas que se encontraban en crisis (azufre, agrios...); durante la guerra, fundamentalmente, impidiendo el alza de precios con toda una serie de medidas que no es del caso señalar; y terminada la guerra, nuevamente, favoreciendo ciertas concentraciones para acomodar la estructura de las empresas a la evolución que habían sufrido los sistemas de producción y reducir los precios de costo (así nacieron, entre otros, los consorcios siderúrgico, del arroz, del mármol de Carrara...).

En 1.932, se dicta la Ley 834 de 16 de junio y el Decreto-Ley de 16 de abril de 1.936, que se convertirá en la Ley 961 el 22 de abril del año siguiente. Disposiciones que representan la primera ordenación permanente en la materia.

La orientación general de estas leyes, sigue siendo la de favorecer las concentraciones empresariales, pues dichas leyes no podían sustraerse a la realidad económica italiana caracterizada por la desconcentración de la actividad económica y la necesidad de la concentración empresarial.

Y así, en la Ley, se establecían, junto a los consorcios voluntarios, los consorcios obligatorios, que se imponían siempre con sujeción al control correspondiente, cuando el Estado lo consideraba procedente o cuando lo solicitaban un número de empresas suficientemente importante por su número o por la misma actividad.

En realidad, la puesta en vigor de esta disposición que que daba subordinada a la publicación de las disposiciones complementarias, necesarias que no llegaron a dictarse. Pero, de hecho, llegaron a formarse numerosos consorcios obligatorios, dictándose en cada caso una Ley especial. En la actualidad, el Derecho vigente lo constituyen los preceptos citados en el texto, pero se ha de advertir que se ha elaborado un nuevo proyecto de Ley de 24 de febrero de 1.960.

Dubois J.P.; La position dominante et son abus; Paris 1.968; pág. 104, dice que "la política del Gobierno - Francés ha sido siempre la de favorecer la concentración económica mediante la creación de marcos jurídicos apropiados (sociedades convencionales de febrero de 1.959; los grupos de interés económico de la ordenanza de 28 de setiembre de 1.957), o por medio de exenciones fiscales de todo orden. El C.N.P.F. invita periódicamente al Gobierno a proseguir y a actuar esta política". Política ésta que se entiende por dicho autor compatible con un control del acceso a una situación de posición dominante, que también entiende posible en Francia (págs. 88 a 90), como diremos más adelante.

Vid también, con relación a Francia, en el mismo orden; Houssiaux; Presentation... cit. pág. 51. Rodiere R.; Kartelle... cit. vol. I; págs. 261 y s.s. Weber; Les grandes entreprises dans le tourbillon des concentrations; Direction; n° 169, págs. 167 y s.s.

- (48) O.C.D.E.; La puissance economique et la Loi; Une étude des legislations sur les pratiques commerciales restrictives, traitant de la puissance economique dans les - pays Membres de l'O.C.D.E., á la C.E.E. et á la C.E.C.A. 1.970; París, págs. 16 a 19.

Un resumen, en unas tablas en las que se recogen comparativamente las diferentes legislaciones, se contiene en la obra del mismo organismo: Pratiques Commerciales Restrictives; Résumé Comparatif des législations en Europe et en Amerique du Nord, París 1.964; págs. 65 a 73.

Vid asimismo, Salandra, Il diritto... cit. págs. 20 y s.s.

- (49) Bernini; La tutela... cit. Vol. I; pág. 23, donde, entre otros, nos dice que este espíritu antimonopolístico de los ciudadanos americanos nace al considerar los cartels como instituciones extranjeras y más precisamente germanas. O.C.D.E.: Guide... cit.; volumen V; Etats Unis; o Introduction; pág. 5.

- (50) Sobre la evolución histórica del Derecho americano y sobre los diferentes criterios seguidos por la jurisprudencia, en especial sobre la aplicación de la rule of reason, por virtud de la cual se contradice el carácter tan absoluto del Derecho Americano tal como se ha expuesto en el texto, vid: Bernini, La tutela... cit. volumen 1, págs. 291 y s.s. Dubois J. y La position dominante... cit;

págs. 91 a 94. O.C.D.E., Guide... cit., vol. V, Etats Unis; Introduction, págs. 3 a 13 y Notes Explicatives sur les lois... pág. 21 a 27 Tamames, La lucha... cit. págs. 75 y s.s. Y Kartelle und Monopole... cit., vol. II, págs. 413 a 452.

- (51) La no admisión de una concentración horizontal cuando el porcentaje alcanza el 20% se ha declarado en el proceso Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co.; O.C.D.E., Guide... cit., vol. V; Etats Unis; Notes explicatives, pág. 24 y en el proceso Etats Unis contra Koppers Co. et consorts; misma obra, vol. V, 3 Choix de decisiones judiciares, número 18.

El supuesto citado, en que no se admitió una concentración que representaba solo el 9%, es el proceso contra Von's Grocery et Consorts: O.C.D.E., Guide... cit.; vol. V; 3, número 31. A este mismo proceso se refiere también la nota siguiente.

En el proceso contra The Filadelfia Bank (O.C.D.E., Guide... cit. volumen V; 3, número 23) la concentración de haberse podido llevar a efecto, hubiese supuesto el control del 30% del comercio bancario en determinada zona.

La razón de la prohibición, en la resolución correspondiente, se basaba en que, de otra suerte, a través de una serie sucesiva de concentraciones podría irse reduciendo la competencia bancaria. Hay que agregar, además, que los Tribunales no admitieron como causa bastante pa

ra justificar la concentración proyectada, el argumento que había sido alegado de que solamente así los bancos medianos y pequeños podrían llegar a constituir entidades capaces de competir con los grandes bancos de New York.

Otro ejemplo de la aplicación de estos preceptos a los bancos en un sentido riguroso, puede verse en el proceso seguido contra el First National Bank and Trust~~y~~ Company en 1.964 (O.C.D.E., Guide... cit., volumen V; 3; número 24.

En este proceso se trataba simplemente de la adquisición por dicha entidad bancaria de una participación en un pequeño banco que operaba en una ciudad de 130.000 habitantes; adquisición que no fué permitida, a pesar de que incluso se había obtenido previamente la autorización administrativa.

- (52) O.C.D.E.; La puissance... cit., págs. 79 y 80, en donde puede verse las sentencias Etats-Unis contra The Philadellphia Bank y Etats-Unis contra Von's Grocery Co.

Proceso Pabst Brewing Co; Guide... cit.; volumen V; choix... número 32.

En la sentencia contra Von's Grocery C^a, a pesar de que dicha sociedad solo detentaba el 4,7% del mercado correspondiente (ventas al detalle) y que la ~~la~~ participación de la Sociedad Shopping Bag, que pretendían fusionarse, no era sino del 4,2%, no se admitió la concentración dado

que existía una fuerte tendencia concentradora en dicho sector. En efecto, la participación global de las ocho sociedades más importantes había pasado del 33,7% en 1.948 al 40,9% en 1.958 y el número de competidores se había reducido de 5.365 en 1.950 a 3.590 en 1.963.

La sentencia contra Pabst Brewing Co es particularmente interesante porque, en ella, se declara expresamente que no es indispensable a los efectos que consideramos que tal tendencia sea o no debida específicamente a movimientos de concentración.

(53) O.C.D.E.; La puissance... cit., págs. 81 a 85.

(54) Proceso Etats Unis contra Du Pont de Nemours and Co; O.C.D.E., Guide... cit., volumen V; 2 Notes... págs. 25 y 26, en que se apreció que dicha sociedad había empleado conscientemente las acciones que poseía en la General Motors para consolidar su posición de principal suministrador de ésta en determinado artículo.

En el mismo sentido, proceso Etats Unis contra Brown Shoe and Co.; O.C.D.E., Guide... cit. volumen V; Etats Unis; 3 Choix... número 5.

Y también Etats-Unis contra Ford Motos Co: O.C.D.E. La Puissance... cit. pág. 84.

(55) O.C.D.E.; La puissance... cit. págs. 84 y 85.

(56) O.C.D.E.; La Puissance... cit., págs. 86 a 88.

- (57) *Proceso Etats Unis contra Penn-Olin Chemical Co et Consorts*; O.C.D.E., *Guide...* cit., volumen V; *Etats Unis*; 3 Choix... número 26.
- (58) O.C.D.E.; *La puissance...* cit., págs. 107 a 109.
- (59) O.C.D.E.; *La puissance...* cit.; págs. 78 y 79, donde se recoge el criterio de la jurisprudencia, y páginas 82 y 83, con relación a las directrices del Ministerio de Justicia, donde, entre otros, se traen los siguientes argumentos: los mismos efectos beneficiosos que pueden derivarse de una concentración pueden conseguirse por una expansión interna, y, además, es muy difícil precisar la existencia y extensión de tales efectos positivos de los movimientos de concentración.
- (60) Por lo que hace, tanto a la noción de concentración, como a los supuestos que requieren autorización nos remitimos a cuanto se dijo al efecto en el capítulo anterior.
- (61) Dubois, *La position...* cit., págs. 78 a 81. *Kartelle und Monopole...* cit., vol. I, págs. 131 a 149 y 243 a 260. O.C.D.E.: *La puissance...*, págs. 100 a 150. Pellicer; *Diez años de ententes y concentraciones en la C.E.C.A.*; *Revista de Derecho Mercantil*, nº 95, págs. 87 y s.s. Mismo autor, *La autorización de prácticas restrictivas, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, págs. 21 a 23 y 62. Senén y otros, *La protección de la libre competencia. Tratados internacionales anteriores al Tratado de Roma y leyes especiales de los*

países miembros del M.C.R. de D.M. nº 95, págs. 165 a 168.

Estos principios han sido recogidos también por la jurisprudencia. Así, entre otros, en los siguientes procesos:

August Thyssen - Hutte/Phoenix-Rheinrohr; decisión de la Alta Autoridad del 16 de Julio de 1.963; O.C.D.E., Guide... cit., volumen V; C.E.C.A.; 3 Choix... número 13.

En esta decisión, la fusión proyectada no se entendió prohibida porque existían otros competidores que controlaban porcentajes semejantes.

Hoesch-Dortmund-Hörder et Hütten-uniön-Hoogorens; O.C.D.E.; La Puissance... cit. pág. 102, en el que se admitió la concentración en razón de la fuerte posición de otros competidores y el grado de concentración del sector.

Aunque dictadas con relación al artículo 65, pueden ser de interés otras resoluciones, como la dictada en el proceso Ruhr Coal Selling Agencies, el 18 de marzo de 1.962. O.C.D.E.; Guide, volumen V, 3 Choix..., número 9.

(62) Pellicer, Diez años... cit., recoge los siguientes datos:

En los primeros años de funcionamiento de la Comunidad, se han aprobado 55 expedientes de concentración, según puede verse en los Informes anuales de la Alta Autoridad.

En el proceso planteado por dos sociedades sucesoras de la antigua sociedad Vereinigte Stanzhlwerk, a saber, ATH y sus sociedades filiales de una parte y Phoenix-Rheinrohr, AG, de otra, la Alta Autoridad, se encontró ante el problema de decidir si podía o no ser autorizada una concentración que comprendía el 20% del mercado alemán; pero la demanda, que había sido planteada en 1.958, fué retirada en 1.961, porque las empresas no quisieron aceptar el control de las inversiones que se les imponía.

Con relación a la fabricación de ciertos productos planos, se han autorizado concentraciones que agrupaban el 18% y el 16% de la producción de los mismos en la Comunidad; en 35 casos, de los 55 expedientes primeramente tramitados, los porcentajes eran inferiores al 5%, sin que en los demás, con las salvedades que suponen los dos primeros supuestos, se alcanzase el 7%.

En la resolución de 25 de abril de 1.962 (O.C.D.E., Guide... cit.; vol. V; 3 Choix... número 10) en relación con la constitución de la sociedad Sidmar, puede verse un problema de indudable interés. Se trata del que se presenta cuando varias empresas competidoras se aseguran el control de otra o crean una nueva sin concentración simultánea de las primeras. La Alta Autoridad entendió que estos supuestos están sometidos a autorización como casos de concentración, cuando las sociedades que toman las respectivas participaciones fabrican productos de los que fabricara la filial conjunta. En el caso indicado, la autorización se condicionó a que la nueva socie-

dad limitase su fabricación a productos llanos, ya que de otra suerte sería necesario obtener una autorización diferente.

- (63) O.C.D.E., La puissance... cit., pág. 107 y Pellicer; Diez años... cit., págs. 123 y 124.
- (64) O.C.D.E.; Guide... cit., Japón - O.C.D.E.; La puissance... cit., págs. 89 y s.s. Weber; Les concentrations au Japon; Direction, feb. 1.970; págs. 158 y s.s.
- (65) El sistema se completa con una obligación de declarar, dentro de los límites expresamente establecidos en los artículos que se citan en el texto, los procesos de - concentración al objeto de que puedan aplicarse en su caso las prohibiciones respectivas.
- (66) O.C.D.E.; Guide... cit., Japón, section 3.1-número 1.
- (67) Allen, Monopoly... cit. Bouge; Une politique industrielle sans concentration, l'exemple anglais; Direction; febrero 1.970. Dubois, La position... cit., págs. 90 a 91. Fernández-Novoa; La nueva Ley británica sobre acuerdos restrictivos de competencia; Rev. Derecho Mercantil; 64-1.957 págs. 377 y s.s. O.C.D.E.; La puissance... cit. págs. 93 a 99 y Guide... cit. Volumen III; Royaume Uni.
- (68) La Commision des monopolios ha recomendado la prohibición de la concentración en dos ocasiones, ambas recogidas en la obra de la O.C.D.E. La puissance... cit. págs. 94 y 95.

El primero, en relación con dos importantes sociedades de armadores de buques de pesca, y el siguiente, en relación con las sociedades United Draper y Stores y Montagne Burton.

En el primero, luego de constatar los efectos anticoncurrenciales que supondría la fusión, dicho Organismo, en relación con los posibles efectos beneficiosos, dice:

La fusión proyectada no resolvería el problema de la multiplicación excesiva de armadores de pesca, pues, realizada la fusión, el sector emprendería una gran empresa y una multiplicidad de pequeñas empresas. Es más se perderían todas las ventajas inherentes a la competencia que hoy existe entre las dos empresas cuya fusión se pretende, ambas de grandes dimensiones. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que cada una tiene dimensión suficiente para obtener una buena rentabilidad y que, por lo mismo, no cabe esperar del hecho exclusivo de la fusión tal aumento de rentabilidad.

- (69) Sobre concentraciones no estimadas contrarias a los intereses generales, O.C.D.E., La puissance... cit. págs. 96 a 99.

Especialmente son interesantes:

Fusión Guest, Keen and Nettlefolds Ltd. con Birfield Ltd. que supuso un monopolio en la fabricación de ciertas piezas auxiliares en la fabricación de automóviles y que no se consideró contraria a los intereses generales. Pri

mero, porque las fábricas de automóviles, únicas adquirentes de sus productos, por su poder económico, estaban en disposición de exigir precios razonables y, además, porque ni habían impuesto nunca precios excesivos antes de la concentración las empresas en cuestión ni cabía razonablemente pensar en que su comportamiento sería diferente en adelante.

En relación con una fusión de empresas productoras de determinados cables, que suponía un control del 90% del mercado, se tuvieron en cuenta los posibles efectos beneficiosos sobre la exportación, entre otros, por la supresión de los gastos inherentes a una de las dos redes de comercialización y las garantías exigidas y prestadas por las empresas.

- (70) Sobre el Derecho canadiense en este punto, O.C.D.E. Guide... cit. Volumen I y O.C.D.E.; La puissance... cit. págs. 93 y 94.
- (71) La Couronne contra Canadian Breweries Ltd. y La Couronne contra British Columbia Sugar Refining Co. O.C.D.E.; Guide... cit. volumen I; sección 3, casos números 2 y 3. Vid también O.C.D.E. La puissance... cit. pág. 94.
- Aún mejor que estos procesos viene a acreditar la amplitud con que pueden admitirse en el Canadá las causas de justificación, la lista de cuestiones incluidas por el Director de Encuestas y Expedientes en su informe de 31 de marzo de 1.966. O.C.D.E. La puissance... cit. pág.94.

- (72) Dubois, La position... cit., págs. 81 a 88. O.C.D.E., Guide... cit. volumen II; Germany; Introduction to Section I. Kartelle und monopole... cit. vol. I, págs. 95 a 130.
- (73) En Informe Económico del 11-XII de 1.970, se ha publicado que en Bonn está en curso un nuevo proyecto de Ley antimonopolio que, en breve, se presentará a discusión parlamentaria y que, en él, se contienen planes más severos de control sobre la concentración de empresas.
- (74) O.C.D.E.; La puissance... cit.; págs. 109 a 117.
- (75) En general, sobre el Derecho de los Estados Unidos en relación con la monopolización, O.C.D.E. Guide... cit. volumen V; Etats Unis y O.C.D.E., La puissance... cit. págs. 109 y s.s.
- (76) En el proceso contra American Tobacco Co. se estimó bastante una participación del 80%; en el proceso contra Aluminium Co. of America, una del 90%, considerando que una participación del 60 ó 64% podrá, quizás, estimarse suficiente y una del 33%, seguramente no y en el proceso Grinnell, una participación del 87%. Por el contrario, en el proceso Cellophane, se estimó que Du Pont no detentaba un poder de monopolio aunque esta Sociedad controlaba el 75% de la producción de celofán, considerando dentro del mercado de interés otros productos ligeros de embalaje. O.C.D.E.; La puissance... cit. pág. 110.

En el proceso United States v. U.S. Steel Corp. (1.920) no se estimó bastante una participación del 50%, considerando que no habían existido prácticas comerciales - desleales ni una actitud para hacer desaparecer a otros competidores que existía una competencia efectiva y que la Sociedad había renunciado a determinados acuerdos - restrictivos de competencia antes de la iniciación del procedimiento, O.C.D.E. (Guide... cit. vol. V, 2 Notes explicatives, pág. 20).

- (77) En el proceso contra U.S. Steel Corp (1.920), ya se decía que, entre otros, no cabía aplicar el artículo 2^a de la Ley Sherman, porque no había habido intención de eliminar a otros competidores.

En el proceso contra International Harvester (1.927), con referencia expresa al anterior, se dirá que se precisa una intención clara de adquirir un control monopolístico y en el mismo sentido, de una u otra forma, en todos los demás. O.C.D.E. Guide... cit. vol. V. Notes... págs. 20 a 22.

- (78) O.C.D.E. Guide... cit. vol. V; Etats Unis; 2 Notes, pág. 22.
- (79) O.C.D.E. La puissance... cit. pág. 110.
- (80) Sobre el Derecho Canadiense; O.C.D.E. Guide... cit. vol. I y O.C.D.E., La puissance... cit. págs. 109 a 117.

El Proceso contra Eddy Match Ltd.; O.C.D.E.; Guide...
cit. vol. V, 3.1. Décisions judiciaires... págs. 1 a 3.

(81) Sobre el Derecho japonés, O.C.D.E.; Guide...; vol. IV
y O.C.D.E., La puissance... cit. y sobre el proceso
Woda Shoyu Co. Ltd., Guide...; vol. IV; 3 Choix ...
número 2.

(82) Según la clasificación que se contiene en la obra de la
O.C.D.E. La puissance... cit. pág. 119.

Dubois, La position... cit. págs. 88 a 90, disiente en
este punto con relación al Derecho Francés que él inclu
ye entre aquéllos que permiten controlar el acceso al
mercado.

Tal posibilidad, dice este autor, la ofrece actualmente
el art. 57 bis de la Ordenanza 45. 1.483, en la redac
ción de la Ordenanza de 28 de setiembre de 1.967, y ci
ta dos resoluciones de la Commission Technique des en
tentes et des positions dominantes, de 5 del 11 de 1.962
en relación con la explotación de canteras y una segunda
sobre l'industrie des tuyaux de fonte.

Dicho precepto, en el párrafo primero, prohíbe, con ca
rácter general "las acciones concertadas, convenciones,
ententes expresas o tácitas y coaliciones en cualquier
forma y por cualquier causa, que tengan por objeto o -
puedan tener por efecto, que se impida, restrinja o fal
see el juego normal de la competencia..."

En este mismo sentido, O.C.D.E. Guide... cit. vol. III, France, 2.1, donde se dice "que la mayor parte de las legislaciones sobre la materia procuran que ni los fenómenos de concentración empresarial ni las ententes entre empresas tengan por resultado la supresión de la competencia... y que tal, en particular, es el espíritu de la reglamentación francesa".

(83) O.C.D.E. Guide... cit. Vol. V.

(84) O.C.D.E. Guide... cit.; y O.C.D.E., La puissance... cit. págs. 182 y s.s.

(85) Berkhonwer; Informe y referencia al debate que siguió al mismo; Boletín de las Comunidades Europeas; abril 1.970; págs. 89 y s.s.

Commission C.E.E.; Etudes; Le problème... cit.; págs. 21-24 y Etudes; Politique économique... cit.; págs. 45-54. De Roux y Voille-mot; Le droit de la concurrence des communautés europeennes, Traité pratique, Recueil de textes; París 1.969; pág. 45 - Dictionnaire du Marché Commun; Guide-Loysette-Nouell; París; Tomo 7; págs. 41 y 42. Dubois; La position... cit.; págs. 113 y s.s. Goldman B.; Droit commercial européen; París 1.970; - págs. 333-339 y 262-6. Guyénot; Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le Marché Commun; París 1.971; págs. 37, 124 y 142. Houssiaux; Les faits... cit. y Límites económicos de las concentraciones y fusiones; De Economía; oc/d 1.970; págs. 771-788. Lacourt R.; Concentraciones y fu-

siones factores de integración; De Economía; oc/nov. 1.970; págs. 755-770. Marchal A.; Necesidad de las fusiones y concentraciones de empresas; De Economía; oc-nov. 1.970; págs. 909-930. O.C.D.E.; La puissance... cit.; págs. 119-125. Sassen; Una política activa de la competencia; Boletín de las Comunidades Europeas; abril 1.970; págs. 5 y s.s. Senén. Panorámica de la competencia dentro de la Comunidad Económica Europea; Madrid - 1.966; pág. 28. Van Gerben W.; Principes du Droit des ententes de la C.E.E.; Bruselas 1.966; págs. 87-88. Verloren Van Themaat; Kartelle... cit; T.II; págs. 954 y s.s.

(86) Commission C.E.E.; Etudes; Le problème... cit.; págs. 21 a 24. Dictionnaire... cit.; Tomo 7^a; págs. 41 - 42. Dubois; La position... cit.; págs. 94 a 113. Sassen; Una política... cit. págs. 5 y s.s. Verloren Van Themaat; Kartelle... cit.; T. II, págs. 954 y s.s.

(87) Sobre las posibilidades de desconcentración que ofrece el art. 66 de la C.E.C.A., vid. Pellicer; Diez años de ententes y concentraciones en la C.E.C.A.; Revista de Derecho Mercantil, n^o 95, págs. 99 y s.s.

(88) Commission C.E.E.; Etudes; Le problème... loc. cit. y Dictionnaire... loc. cit.

(89) Commission C.E.E.; Etudes; Politique... cit. págs. 52-55. Lacourt R.; Concentraciones... cit.; págs. 755-770. Marchal A.; Necesidad... cit. págs. 909 a 930.

- (90) Commission Communauté Economique Européenne; Le probléme... cit. págs. 21 a 26.

M Hans von der Groeben, en su discurso ante el Parlamento europeo, pronunciado el 16 de junio de 1.965 citado en el texto, dijo: "cuanto más se aproxima una empresa que ocupe una posición dominante a una situación de monopolio por medio de una concentración, haciendo dudosa la libertad de elección de los suministradores, compradores o consumidores, más existe la posibilidad de que pueda entenderse la existencia de un abuso en el hecho mismo de la concentración". Dictionnaire... loc. citado.

El criterio de la Comisión ha sido confirmado en el noveno Rapport général sur l'activité de la communauté en el que se afirma que una fusión entre una empresa en situación dominante y otra, si elimina la competencia, al haber monopolización del mercado, puede tener los mismos efectos perjudiciales para el consumidor o para el comprador que los que se deriven en los ejemplos incluidos en el artículo 86". Y que el criterio de la Comisión de gran valor desde luego, no tiene el carácter de interpretación auténtica. Dictionnaire... loc. citado.

- (91) La Ley, en general, puede decirse inspirada en las legislaciones del mundo occidental y más en particular en las legislaciones europeas. Aquella inspiración general la estableció el Decreto de 23 de noviembre de 1.962, de tal modo que quedaba marcada una directriz importante:

renuncia a establecer criterios propios y adaptarse a la corriente legislativa de los países occidentales. Sánchez Calero, el Proyecto de Ley de Represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia; Revista de Derecho Mercantil, 88 (1.963); pág. 308.

La inspiración europea la puso de manifiesto el Ministerio de Comercio, Ullastres, al presentar la Ley a las Cortes, Revista de Derecho Mercantil, número 104, pág. 347.

Así Garrigues, La defensa de la competencia mercantil; Madrid 1.964. Pellicer, La prohibición de las prácticas restrictivas colusorias en la Legislación española; Revista General de legislación y jurisprudencia; set. y oct. 1.967; pág. 16. Gondra, Las conferencias marítimas ante el Derecho de la Competencia, Revista de Derecho Mercantil, número 113, pág. 374. Senén y otros, Comentarios a la Ley española de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, Madrid 1.964, págs. 89 y s.s.

- (92) Sobre el valor interpretativo de la Exposición de Motivos, Pellicer, en su trabajo titulado, Las Prácticas abusivas, Revista Derecho Mercantil, número 104, en la nota 2, págs. 340 y 341, nos dice que la Exposición de Motivos ha de ser considerada como fuente de interpretación auténtica, apoyándose al efecto en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 1.957 y 20 de mayo de 1.957.

- (93) Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones, dirigido por Bercovitz; Asociaciones y Uniones de Empresas y Prácticas Restrictivas de la Competencia, Madrid 1.969, págs. 81, 82 y 93 entre otras.
- (94) Esta terminología tiene su origen también en el artículo 23 de la Ley alemana que, en el apartado 2 de la enumeración, sin ninguna otra exigencia, se refiere a la adquisición de bienes pertenecientes a otras empresas. Sin embargo, en algún autor, puede verse una traducción diferente del nº 2 del art. 23 de la Ley alemana, refiriéndolo, "a la adquisición del activo de otras empresas". Vid, Dubois, La position... cit., págs. 81 y s.s.
- (95) Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones; Asociaciones... cit., págs. 47, 48 y 87 a 94.
- (96) Aparte de lo que se dice en el texto, sobre los diferentes argumentos utilizados por el Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones; - loc. cit. nota anterior, hay que decir:
- Aunque la enumeración del artículo 21 comprende en efecto figuras muy variadas, no es totalmente cierto que no haya una nota común a todas ellas. Esta nota, a que se alude posteriormente, es precisamente la unidad de dirección, que, a imitación del Derecho comparado, ha de presumirse en el último supuesto.

No convence tampoco el argumento de que, si se trata de evitar unas posibles prácticas abusivas, hay que dar a la obligatoriedad de inscripción el mayor ámbito posible, porque no debe olvidarse que el sistema del artículo 1^a de la Ley, que no se aplica a las concentraciones, pero sí a los acuerdos entre empresas que no supongan propiamente concentración, es un medio más riguroso y estricto que la inscripción del artículo 21.

- (97) Garrigues y Uría, Comentarios... cit.; Tomo II, págs. 642 a 647 y Uría, Fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español, Revista de Derecho Mercantil, 1.946, I, pág. 217.
- (98) Un concepto semejante, aunque no idéntico, es el que contienen algunas de las disposiciones fiscales citadas en el texto, tales como el Decreto-Ley de 3 de octubre de 1.966 y el Decreto Ley de 26 de julio de 1.967.
- El primero, al hacer aplicable las ventajas correspondientes a la segregación de establecimientos de sociedades o empresas, aunque no procedan a su disolución, y, el segundo, en cuanto las declara aplicables a las transmisiones, a título oneroso, de establecimientos, unidades de producción o parte de una empresa.
- (99) En el mismo orden, aparte de lo que dispone el apartado d) del artículo 23 de la Ley alemana, repetidamente citado, entre otros, es también de interés el artículo 18

de la Ley de Sociedades por acciones, en el que, luego de fijar la noción de honzern, establece diversas presunciones a las que ya se hizo mención en su momento.

- (100) Asociación para el Progreso de la Dirección; Asociaciones... cit.; principalmente, Ortiz Gracia, Asociaciones y uniones de empresas y Garrigues Walker, Comentarios legales a la Ley 196/1.969 de 28 de diciembre y a la orden complementaria de 25 de enero de 1.964. Asociación para el progreso de la Dirección; Fusión y ... cit. sobre todo, Garrigues Walker; Ordenamiento jurídico español en materia de fusión y concentración de empresas y S. Mesoneros Romanos, Tratamiento fiscal y criterios seguidos ante las distintas formas de concentración. Asociación para el progreso de la Dirección; Los problemas ... cit.; en especial, Garrigues Walker, Los aspectos jurídicos de las concentraciones de empresas. Boletín de Estudios Económicos, nº 70 cit. y, en el, los trabajos; Aspectos jurídico-mercantiles de la llamada concentración de empresas, Martín Eizaga; Problemas fiscales de la concentración de empresas, Ramiro Bañales. Martín Oviedo, Aspectos administrativos y fiscales de las uniones de empresas; Madrid 1.968. Matilla Alegre, Problemas Fiscales en torno a la fusión de sociedades Revista de Derecho Mercantil número 122, págs. 209 y s.s. Pelletier, Concentración y reestructuración de empresas; Madrid 1.970. Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones, Asociaciones... cit.

(101) A la concentración de empresas se refieren los artículos 135 y 107 de las Leyes de Reforma Tributaria de 1.957 y 1.964, concediendo determinados privilegios fiscales ; el artículo 230, 2, g), de esta última, que ordena al Gobierno la adaptación por Decreto, a la Ley del régimen fiscal especial de que gozaban las concentraciones de empresas de interés económico; la Orden de 5 de abril de 1.965 por las que se refunden las disposiciones anteriores desarrollando este régimen jurídico, fundamentalmente la Orden de 12 de abril de 1.960 que había refundido a su vez las disposiciones anteriores y los Decretos Leyes de 3 de octubre de 1.966 y de 26 de julio de 1.967, dictados ambos fundamentalmente para mejorar las estructuras productivas, entre otros, por la concentración de empresas.

A las sociedades de empresas y uniones temporales de empresas, se remite la Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas de 28 de diciembre de 1.963 y la Orden Ministerial de 25 de enero de 1.964 y el Decreto de 27 de julio de 1.964 y el Decreto de 26 de julio de 1.967.

A las asociaciones sin personalidad jurídica el artículo 108 de las Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964 y la Orden Ministerial de 20 de abril de 1.966.

(102) Este supuesto está expresamente incluido en el artículo 3, apartado a) de la Orden de 5 de abril de 1.965. Si esta integración se lleva a efecto y alguno de los empresarios no fuese compensado por su aportación con

una participación en el capital de la sociedad que se constituya o previamente existente, puede discutirse si propiamente hay un supuesto de fusión.

(103) Principalmente, artículo 3, apartado c) de la Orden de 5 de abril de 1.965.

(104) Artículo 3, apartado b) de la Orden de 5 de abril de 1.965.

(105) A la disolución de una sociedad y subsiguiente integración de su patrimonio en otra, se refiere la Orden de 5 de abril de 1.965, número 2, apartado d), en el que se incluye expresamente este supuesto. Pero, en tal apartado, la disolución de una sociedad y subsiguiente adjudicación de sus bienes a otra, esta incluida únicamente en cuanto estos actos tengan lugar como consecuencia de los indicados en el apartado c), esto es, como consecuencia de una fusión de sociedades, bien mediante creación de una sociedad nueva, bien mediante absorción.

El supuesto que consideramos se incluye de un modo definitivo entre los procesos de concentración a que puede extenderse la protección y beneficios dispuestos en la legislación actual, por el artículo 12 del Decreto Ley de 3 de octubre de 1.966.

(106) Este supuesto viene incluido por vez primera entre los procesos de concentración a que puede extenderse el régimen de protección dispuesto en las diferentes normas que se citaron en su momento en el artículo 12 del Decreto Ley de 3 de octubre de 1.966 y en el artículo 3

del Decreto Ley de 26 de junio de 1.967 .

(107) Artículo 3 del Decreto Ley de 26 de julio de 1.967.

(108) El régimen jurídico aplicable a las sociedades de empresas y uniones temporales se ha citado ya anteriormente. A continuación indicamos tan sólo el problema referente al objeto de las sociedades de empresas. En realidad, desde el mismo momento en que apareció la Ley comenzó la discusión sobre las actividades que pueden desarrollar estas sociedades de empresas, centrándose principalmente la discusión en la posibilidad de si pueden o no desarrollar una actividad industrial o comercial o constituir una central común de compras o ventas. Ortiz Gracia, Asociaciones y Uniones de Empresas; Asociación Progreso de la Dirección, Asociaciones... cit.; decía: "El artículo 2 de esta Ley detalla los cinco casos que se consideran adecuados para recibir protección ahora bien, cuando se lean puede apreciarse que son genéricos porque prácticamente estos supuestos dan cabida a todo". Por el contrario, Garrigues Walker, Ordenamiento jurídico español en materia de fusión y concentración de empresas; Asociación para el Progreso de la Dirección; Asociaciones... cit., opina "que la redacción legal tiene a crear la idea de que la sociedad de empresas es una sociedad de estudios y de servicios... la expresión promoción de ventas implica que la sociedad de empresas no podrá llegar a convertirse en una central de compras ni

en una central de ventas... Tampoco estar incluidas actividades de tipo industrial en la enumeración de los restantes fines que se especifican en la Ley".

Pero, en la práctica, ha triunfado el primer criterio, por ejemplo, la Sociedad "Termica del Besón S.A." se ha constituido como una sociedad de empresas, al amparo de dicha Ley, por dos empresas, eléctricas, para completar la producción hidroeléctrica de las mismas con una central térmica.

En el Decreto 1.479/1.968, de 4 de julio, sobre aplicación de los beneficios fiscales a las concentraciones de empresas comprendidas en los sectores de Ordenación comercial a la exportación, se reconoce la posibilidad, que en él se reglamenta, de que se constituyan en dichos sectores sociedades de empresas, a las que se aplicará el régimen de protección establecido en las disposiciones citadas, que podrán igualmente dedicarse a la exportación de los productos que a estos efectos reciban de sus socios.

(109) A tales asociaciones se refiere el artículo 108 de la Ley de Reforma del sistema Tributario de 1.964 y la Orden de 20 de abril de 1.966 dictada para dar efectividad y reglamentar las exenciones concedidas por aquel precepto.

(110) El régimen jurídico fiscal de las sociedades de inversión mobiliaria, actualmente, viene establecido por la Orden de 5 de junio de 1.964, dictada en aplicación de

la Ley de 26 de diciembre de 1.958, parcialmente modificada por el Decreto Ley de 30 de abril de 1.964 y en uso de la autorización concedida al respecto por la base octava de la Ley 2/1.963 sobre ordenación de crédito y la banca, y por orden de 14 de noviembre de 1.970.

La ordenación del régimen jurídico-fiscal de los fondos de inversión mobiliaria se contiene en la Orden de 1 de diciembre de 1.970 y en la de 22 de diciembre de 1.971. Por su parte, la creación de estos fondos de inversión mobiliaria, la autorizó el Decreto Ley 7 de 1.964, de 30 de abril, al desarrollar lo dispuesto en la base octava de la Ley de 14 de abril de 1.962, sobre ordenación de crédito y la banca.

- (111) Garrigues, La defensa... cit., páginas 50 y 51 y Pelli-
cer, La prohibición... cit. páginas 65 y 66, indican -
que la Ley española no tanto pone el acento en el ori-
gen de los ataques a la libre competencia, como en el -
resultado. Este último autor, según es norma en su tra-
bajo, comparando los respectivos sistemas de nuestra -
Ley y de la Comunidad Económica Europea.

El principio indicado lo mantienen también la sentencia de 9 de abril de 1.968, dictada en el expediente 30/67, acumulado al 18/66, publicada, con el comentario corres-
pondiente por el Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones en la Revista de Derecho Mercantil número 108, págs. 381 y s.s.

En el comentario de la sentencia del Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones se dice:

"La exigencia según la cual para que pueda declararse la nulidad de un convenio es preciso que previamente haya sido puesto en práctica, supone una interpretación excesivamente restrictiva de la Ley".

Dada la redacción del artículo 1^a, parece que lo procedente sería distinguir, a los efectos de la declaración de nulidad correspondiente, dos clases de acuerdos:

Por una parte, los acuerdos de cuyo contenido se desprende que necesariamente darán lugar a prácticas prohibidas en caso de ser ejecutados. La nulidad de tales acuerdos debe poder ser declarada aún antes de que sean puestos en ejecución... Con ello se conseguiría una finalidad preventiva de la realización de prácticas prohibidas, más eficaz y deseable que la simple restricción a posteriori y se atribuiría a la sanción de nulidad todo el valor que le corresponde como medio de lucha contra la realización de prácticas prohibidas.

Por otra parte, habría que distinguir aquellos acuerdos de cuyo contenido no se desprende que su puesta en práctica vaya a suponer necesariamente un atentado contra la libertad de competencia, pero que es posible que produzca ese efecto, según la forma en que las partes los ejecuten. En este supuesto, es lógico, esperar a la ejecución del convenio para declarar o no su nulidad, se-

gún los efectos que produzcan en la práctica".

En realidad, el Seminario no hace sino repetir aquí las ideas expuestas en su obra, Comentarios a la Ley española de Prácticas Restrictivas, cit.

Pero la jurisprudencia ininterrumpidamente exige como elemento constitutivo de la prohibición, las prácticas restrictivas. Así, en las sentencias, de 12 de mayo, 8 de junio y 14 del propio mes, todas del año 1.969. En lo que se remite, en concreto, a la posibilidad de declarar la nulidad de los convenios, acuerdos, acuerdos o decisiones antes de su puesta en práctica, la sentencia de 12 de mayo, dice:... "por cuanto, según resulta claramente de los artículos 1ª y 13 de la Ley, la nulidad es obligada consecuencia de la previa declaración de que existen prácticas prohibidas que tengan su origen en lo convenido o concertado y no al contrario, lo cual subraya el relieve que nuestro legislador quiso - dar a la práctica..."

En la sentencia de 8 de julio de 1.969, en expediente seguido contra la Seat, el Tribunal exige unas prácticas habituales y, a este respecto, dice: ... "no concurrir en el caso de autos el primero de aquellos, pues el hecho comunicado, por su singularidad y accidentalidad, no constituye en el caso que contemplamos una práctica".

- (112) Este tema no viene estudiado con la debida amplitud por los diversos autores españoles que han comentado la Ley sobre prácticas restrictivas de competencia.

Tamames, La lucha... cit. págs. 292 y s.s., no se ocupa del tema. Garrigues, La defensa... cit. págs. 90 y s.s. se lamenta "de que la Ley no haya dicho nada sobre el mismo y de que no haya dicho tampoco nada la Ley de asociaciones y uniones de empresas y agrega que la Ley, en esta materia de la concentración de empresas, atiende simplemente al resultado y no a los medios, porque los medios de esta concentración de empresas pueden caer bajo el imperio de la Ley, no por el concepto de posición dominante, sino por el concepto de prácticas concertadas contra la libre competencia. Efectivamente la concentración de empresas se sirve de diversos instrumentos jurídicos, según cual sea el grado de concentración que se persiga; desde una simple comunidad de intereses o de ganancias hasta la fusión de dos sociedades, pasando por los más variados vínculos asociativos, con o sin formación de una persona jurídica nueva. Pues bien, entre esa infinita variedad de pactos que sirven al designio asociativo de las empresas puede haber alguno que limite la libertad de competencia".

Pellicer, Las Prácticas abusivas... Revista de Derecho Mercantil número 140. págs.409 y s.s. no hace, en este punto, sino reproducir textualmente las palabras de Garrigues antes transcritas sin agregar un solo comentario.

No obstante lo anterior, a veces, de un modo indirecto, puede deducirse el criterio de los respectivos autores.

Tamames, loc. cit. página 293, nota 35, al referirse a la Ley de asociaciones y uniones de empresas y su conexión con la Ley de prácticas restrictivas de competencia, afirma que las sociedades de empresas pueden verse obligadas a la inscripción del artículo 21. Por el contrario, Garrigues Walker, Comentarios a la Ley 196/1.969 de 28 de diciembre y a la Orden complementaria de 25 de enero de 1.964; Asociaciones... cit. dice, que éstas se verán obligadas a solicitar la autorización del artículo 5ª y que deberán proceder luego a obtener la inscripción, con lo cual mantiene la aplicación al caso del artículo 1ª y, por tanto, una opinión contraria al primero.

Este último es también, sin duda, el criterio de los componentes del Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones en su obra Asociaciones.. cit.

Así, entre otros, en las páginas 59 y 60, en las que se dice que "atendiendo a estas circunstancias podría, pues, pensarse que la solución a la coexistencia de las leyes consiste en que el Tribunal de Defensa de la Competencia autorice, en su caso, como prácticas exceptuables, el objeto de la sociedad de empresas que se pretenda constituir". Aunque luego, prácticamente, niegue que sea necesaria tal autorización en razón de la intervención de las autoridades administrativas previstas por la Ley de Asociaciones de Empresas y disposiciones complementarias.

En el mismo orden, en las páginas 78 y s.s.

En el mismo sentido que se mantiene en el texto, vid. Servicio de Defensa de la Competencia; Posibilidades de utilización por la empresa de la jurisdicción de Defensa de la competencia; Madrid 1.972.

- (113) En el sistema alemán, este planteamiento, libertad para las concentraciones y prohibición de los acuerdos de - cártel, ha conducido a una acusada ineficacia de éste, porque, en virtud de una interpretación restrictiva de la misma, las formas intermedias entre el cártel y la concentración han sido exceptuadas de su aplicación.

Y así, en muchos casos, es posible alcanzar mediante la formación de empresas comunitarias, los mismos efectos que a través de un cártel sin que se apliquen las restricciones correspondientes a éste.

Este ha sido el caso de Siemens-Bosch, en el que ambas empresas fusionaron su producción de aparatos domésticos en una filial común fundada con este fin.

Kurt Market; las nuevas tendencias de desarrollo en el Derecho alemán de la competencia; Revista de Derecho - Mercantil, número 112, págs. 270 y s.s.

- (114) En sentido opuesto, Pellicer, Las prácticas abusivas, cit. págs. 387 y s.s., donde afirma que si la falta de competencia efectiva entre dos o más empresas se basa en un convenio, decisión o conducta conscientemente paralela, en el sentido del artículo 1º, párrafo 1, será

necesario aplicar precepto y, en caso de prácticas abusivas, el artículo 2ª conjuntamente, sin distinguir, en absoluto, si las empresas pueden o no decirse concentradas.

(115) Sobre el origen del sistema español vid citas incluidas en la nota 91. Sobre la relación entre el artículo 86 - del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y los artículos 2ª y 3ª de la Ley española, vid Garrigues; La Defensa... cit., págs. 67 y s.s., en especial a partir de la página 77; Pellicer, Las Prácticas abusivas... cit., pág. 364; Senén y otros, Comentarios... cit., págs. 89 y s.s.

(116) El Ministro de Comercio, en un discurso a las Cortes, salió al paso del calificativo corriente que se da a estas leyes; leyes antimonopolios. El hecho de ser monopolístico, decía el Ministro, no cae bajo la Ley. Si caen, en cambio, los abusos de dominio de los monopolistas...

En este mismo sentido, Garrigues; La defensa... cit. págs. 85 a 90 y Pellicer, Las prácticas... cit., pág. 385.

Este último autor, cita las palabras de Hans von der Groeben, ante el Parlamento europeo, en el discurso ya indicado, pronunciado en Strasbourg, el 16 de junio de 1.965; crecimiento de las empresas, si; competencia entre grandes empresas, si es una competencia eficaz, si.

Pero monopolización, es decir, concentraciones que hacen impracticable la competencia... no.

Son de interés, aun dictadas para supuestos que no son propiamente de concentración, en el sentido que mantenemos, las sentencias de 16 de diciembre de 1.970 y 29 de marzo de 1.971, esta última autorizando la unificación comercial de varias sociedades que controlaban la totalidad del mercado nacional.

- (117) Pellicer, "Las prácticas... cit. págs. 398 y s.s., en este punto, dice: como criterios de delimitación se ofrecen dos: el parentesco de producción y la función. Según el primer criterio... corresponden al mismo grupo de mercado todas las empresas de producción... que fabrican una mercancía física y técnicamente parecida. Esta concepción puede ser demasiado amplia y demasiado estrecha. En el primer sentido, porque la diferenciación actual de los productos no encuentra con mucha frecuencia mercados especializados: por ejemplo, los periódicos especializados, médicos y los diarios ilustrados no forman un mercado común de periódicos... Y demasiado es trecha, porque en la práctica se pondrán en competencia mercancías totalmente diferentes desde el punto de vista físico y técnico.

Más importante que la misma naturaleza física y técnica es, por consiguiente, la identidad de naturaleza económica o funcional, o, en otros términos, la posibilidad de cambio o sustitución de las mercancías. Conceptos que

han determinado en la legislación americana anti-trust, el de cross elasticity of demand, según el cual es decisiva la medida en que la cifra de negocios de un producto reacciona ante las fluctuaciones de precio de otro.

La sentencia de 3 de diciembre de 1.966, dictada en el proceso 12 de 1.966, estimó que la firma Lograin S.A., que vendía colonia a granel con una determinada etiqueta, no podía estimarse que detentaba una posición dominante en el mercado ya que, a tales efectos, debía tomarse en cuenta la colonia a granel en general y no simplemente la que venía individualizada con dicha marca. En el mismo sentido, la sentencia de 15 de noviembre de 1.969, Información Comercial Española, número 1.196, en relación con las marcas de camisas Lavypon y otras. Por el contrario, en la sentencia de 20 de marzo de 1.968, expediente 28 de 1.967, que se recoge y comenta en la Revista de Derecho Mercantil, número 108, páginas 367 y s.s., se afirma que una patente atribuye a su titular una posición de dominio en el mercado. En los comentarios de esta sentencia del Seminario de Derecho Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones se reconoce, aunque no se comparte el criterio totalmente, que esta posición de la sentencia supone claridad y subsiguientemente seguridad jurídica.

El criterio del Servicio de Defensa de la Competencia, está recogido en la obra de la O.C.D.E., La Puissance... cit. pág. 41.

En esta misma obra se recoge una referencia detallada al problema en las páginas 27 y s.s.

En el Glosario de términos relativos a las prácticas comerciales restrictivas del Comité de Expertos de la O. C.D.E., se dice: el grado de dominación del mercado - existente en un momento dado depende de los criterios por los que se determinen los límites del mercado que se considere. La existencia de productos de sustitución puede tener una gran importancia en esta apreciación. En la medida en que diferentes productos puedan utilizarse para un mismo fin sin diferencia de coste, el mercado tendrá un mayor carácter concurrencial y existirán menos posibilidades de establecer una posición dominante. Unas consideraciones interesantes del Tribunal de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 15 de julio de 1.964, se recogen por Pellicer, "La autorización de prácticas restrictivas de competencia", Madrid 1.965; páginas 63 y s.s.; consideración que se refieren a los denominados productos de sustitución.

- (118) En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de la Ley y el Tribunal español, éste en su sentencia de 12 de mayo de 1.969, expediente 46 de 1.968, seguido contra el Sindicato Nacional de Frutos y Productos Hortícolas, que, en el primero de sus considerados, dice: denunciadas presuntas restricciones de la competencia que afectan a la actuación en el mercado nacional de navieros, consignatarios y exportadores, el simple hecho de que puedan tener

lugar con motivo de la exportación no impide que el Tri
bunal se pronuncie sobre ellas en cuanto sus efectos se
produzcan en territorio nacional...

Este principio de la territorialidad en la aplicación
de la Ley española, está también admitido por Pellicer,
Las prácticas abusivas, cit. págs. 376 y 377.

Este principio se confirma también, si se tiene en cu
ta que está asimismo vigente en la aplicación de los ar
tículos 85 y 86 de la C.E.E., de los que, como se dijo,
traen su origen los artículos 1, 2 y 3 de la Ley españó
la.

- (119) La organización bancaria española afecta a la política
de protección de la competencia, en primer término, en
lo que hace a la situación de las empresas que integran
el grupo de los diferentes bancos, y, además, en lo que
se refiere a la concentración bancaria propiamente di
cha, aspecto este último que ya se examinó anteriormen
te.

El primer problema, a nuestro juicio, tiene una triple
vertiente:

- a) Las empresas que integran esos grupos bancarios se en
cuentran, con relación a las demás del sector, y, en ge
neral, con relación a todas en una situación extraordi
nariamente ventajosa en lo que se refiere a la obtención
de crédito, que, si siempre es fundamental en el desarro
llo de las empresas, lo es mucho más en España, en que
los recursos propios de las empresas, en relación con -

el crédito, no alcanzan las cifras de otros países.

b) Tales concentraciones en cuanto afecten a empresas que sean competidoras entre sí, puede suponer una actua
ción común de las mismas.

c) Cuando las empresas desarrollan empresas complementa
rias, la concentración supondrá, en los respectivos su-
ministros y relaciones, la exclusión, o por lo menos -
una situación muy desfavorable, de las empresas que no
sean parte del grupo.

Y aun podría examinarse un último aspecto, que es la po
sibilidad de la restricción de la competencia que ha si
do denominada como ventas recíprocas, a que hicimos re-
ferencia en su momento al estudiar el Derecho americano;
en nuestro caso, agravada, sin duda, por el peso especí-
fico tan importante que representa la banca española en
nuestra organización económica.

En nuestro Derecho, los problemas indicados revisten -
una importancia verdaderamente trascendental en razón
de la importancia que en nuestro sistema económico supo-
ne la banca privada.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación Ban-
caria de 14 de abril de 1.962, luego de examinar y deta-
llar las causas que han determinado que en nuestro Dere-
cho la organización bancaria, a diferencia del Derecho
comparado, estuviese basada, en aquel momento exclusiva-
mente y hoy fundamentalmente, en la existencia de ban-
cos mixtos, se dice:

"Este exceso de recursos procedentes del ahorro que no recogían las Bolsas españolas... y que acudía a nutrir en gran parte las cuentas corrientes abiertas en los Bancos era por éstos dedicado a la promoción de empresas industriales mediante la - aportación de capitales o la concesión de crédi-tos...

Es revelador de la importancia del fenómeno apuntado el hecho de que los depósitos bancarios fuesen incrementándose a mayor ritmo que la renta nacional, a precios corrientes, hasta llegar a representar en el año 1.943 un 43% de ella, volumen - desproporcionalmente elevado...

Como consecuencia de todo ello fué convirtiéndose la Banca no sólo en el elemento fundamental de financiación, sino casi en el único... y así mientras en la época anterior a la Guerra de Liberación, del total de financiación del sector privado..., la parte que suministraba la Banca representaba normalmente una proporción reducida, del orden del 30%, en el periodo 1.920/1.935, el porcentaje fué muy superior en la etapa 1.940/1.959, llegando a sobrepasar el 60%..."

Poder de la Banca, que ha crecido incluso desde las indicadas fechas hasta nuestros días, como lo ponen de manifiesto los siguientes datos: José L. García y Arturo Muñoz, en el estudio publicado en Cuadernos para el

Diálogo, número de abril de 1.968, dedicado a la banca, págs. 13 y 17, señalan las cifras correspondientes a los siete grandes grupos bancarios: capital, 18.132 millones de pesetas; reservas, 41.363 millones de pesetas; y depósitos 545.564 millones de pesetas. Bancos que participan, estimando a tal efecto las sociedades en que tienen consejeros, en 936 empresas, que suponen un capital desembolsado total de 209.181 millones de pesetas, siendo así que en 1.957, tal participación era solamente en 696 sociedades, con un capital de 61.030 millones de pesetas. Cifras que han crecido ininterrumpidamente con posterioridad.

Del Informe del Banco Mundial, en su trigesimonovena edición, correspondiente al periodo abril de 1.968, - marzo de 1.969, reproducido por el Banco de España, se deduce que la disponibilidad monetaria o cuasi monetaria en poder del sistema bancario en tantos por cientos del producto nacional bruto representa en España el 74,3%, sólo superado por Suiza, en tanto que, en Inglaterra, asciende al 35%, en Holanda al 36,1% en Suecia al 37,3%, en Canadá al 38,2%, en Francia al 40,9%, en Estados Unidos al 43,3% y en Alemania al 49,4%.

La propia Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación Bancaria reconoce expresamente la deficiencia del sistema español, en cuanto supone una situación extraordinariamente ventajosa para las empresas que están integradas en los diferentes grupos bancarios, en los siguientes términos:

"Que la actividad promotora de los Bancos se vea obligada a desentenderse de algunas inversiones especiales y se limitó fundamentalmente a las - grandes empresas industriales; que, por otro lado, esta situación crecer la influencia de la Banca en los negocios privados, dando lugar a que pudiera, en ocasiones, hablarse de la política discriminatoria en la concesión de créditos; y que se impone, por tanto, afrontar decididamente los problemas planteados y efectuar los reajustes necesarios".

Y, de ahí, sin duda, que en la Base sexta, aparta
dos d) a f) se diga: en los casos en que los Bancos actúen como promotores de nuevas sociedades, su participación en ellas se limitará a los porcentajes que se fijen en relación con sus recursos propios y con el capital de las empresas de que se trate; igualmente se dictarán las normas necesarias para evitar ulteriores expansiones de la influencia de los actuales Bancos mixtos sobre las empresas privadas y especialmente sobre otros Ban
cos; el ejercicio de los cargos directivos y eje
cutivos de la Banca privada deberá quedar sometido, en cuanto a incompatibilidades, a la regulación que establezca el Gobierno a propuesta del Ministro de Hacienda".

En cumplimiento de estas bases se han dictado numerosas disposiciones, más recientemente, la Ley de 27 de julio de 1.968 y el Decreto de 26 de abril de 1.969, ambas sobre incompatibilidades de altos cargos y límites de créditos.

En esta última aparece el concepto de grupo de empresas filiales de un Banco (art.3^a) que se explica en el artículo 6 diciendo que se consideran como grupo de empresas filiales a un Banco el conjunto de todas aquellas en cuyos respectivos capitales participe el Banco directa o indirectamente en un 20% como mínimo...

Con relación al Instituto Nacional de Industria, la situación en esencia es semejante:

Una indudable ventaja de las empresas en que tiene participación frente a las demás; la posibilidad de que si estas empresas son competidoras observen una actitud paralela y los problemas inherentes a estas concentraciones verticales, en cuanto, por el solo hecho de existir, suponen la exclusión, o por lo menos una situación muy desfavorable, de las restantes empresas. Situaciones, de las cuales, interesan fundamentalmente a nuestros fines las dos últimas.

La actuación coincidente de las empresas del I.N.I. en cuanto empresas competidoras, es, desde luego, una situación que tiene lugar frecuentemente. Piénsese, por ejemplo, que el I.N.I. es accionista mayoritario, sino

único en Astilleros de Cádiz (hoy, integrado en Astilleros Españoles con la Sociedad Española de Construcción Naval y la Compañía Euskalduna) y en Bazán o en las participaciones que tiene en la industria española de automoción. Sobre este tema, publicó un artículo Auto-Revista, número del 25 de octubre de 1.969, en el que se dice: la exposición de los puntos anteriores nos da pie para pensar que, aunque de derecho no exista una concentración de empresas, se está produciendo una coincidencia de intereses que puedan dar lugar a decisiones que conducirían al mismo camino que las concentraciones que se están llevando a cabo en todo el mundo. Pero después se publicarían los anuncios correspondientes a la fusión de Pegaso y Sava, por absorción de esta última.

Y la posibilidad de una restricción de competencia en el segundo aspecto, también parece indudable, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que el I.N.I. participa en empresas cuyos procesos económicos son complementarios, v.g. en empresas de construcción naval, navieras y empresas industriales suministradoras de los astilleros y fletadoras de los buques. Recientemente el tema se ha planteado con la constitución de una Mutuality aseguradora (MUSINI), con notable perjuicio del resto de las empresas del ramo.

(120) Este art. 32, en lo que hace al concepto de concentración, aunque en el apartado d) se remite expresamente a los supuestos del número 7 del art. 21 de la Ley, en el apartado d) hace referencia a los estatutos de la asociación que haya podido surgir, términos que no pueden decirse totalmente de acuerdo con tal enumeración, como no lo están tampoco los del número 8 del art. 21 al remitirse a las uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas, como sujetas a la obligación de inscripción.

El apartado c) exige que se lleve al Registro el acuerdo de concentración por copia notarial. La existencia de un acuerdo, que, el párrafo 1º del número 7 del art. 21, también exige, sin embargo, no puede decirse que exista en todos los casos, pues la adquisición de participaciones en otras empresas puede hacerse sin necesidad de un acuerdo entre éstas, por ejemplo, mediante adquisición en Bolsa de las participaciones correspondientes.

B I B L I O G R A F I A

Actualidad Económica; diversos números.

Allen: Monopoly and restrictive practices; Londres 1968.

Alvarez: La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de concentración; Valladolid 1958.

Armand y Drancourt: Les investissements etrangeres en Europe; Le pari Européenn; Paris 1968.

Ascarrelli: Teoría de la concurrencia y de los bienes inmat^{er}iales. Barcelona 1970.

Asociación para el Progreso de la Dirección:

Asociaciones y uniones de empresas; Madrid 1964.

Fusión y concentración de empresas; Madrid 1966.

Los problemas reales de las concentraciones de empresas; Madrid 1968.

Baena del Alcazar: Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía; Madrid 1966.

Bañales: Problemas fiscales de la concentración de empresas; Boletín de Estudios Económicos nº 70.

Barre; Economía Política; Barcelona 1961.

Bérgamo: Sociedades Anónimas; Las acciones; Madrid 1970.

Bercovitz y otros: Asociaciones y uniones de empresas y prácticas restrictivas de competencia; Madrid 1969.

Bernar: El comercio con los países del Este; (A.p.d.) Bilbao 1967.

Bernini: La tutela della concorrenza e i monopoli; Milán 1963.

Bienaymé: L'entreprise et le pouvoir économique; Dunod
economique 1969.

Bohm: Democracy and economic power; Kartelle und monopole
in modern recht; Frankfurt 1961.

Boletín de Estudios económicos, diversos números.

Boletín de Estudios empresariales.

Boletín de Londres; editado por el Bando de Bilbao, nº 210.

Bouge: Une politique industrielle sans concentration,
l'exemple anglais; Direction; febrero 1970.

Castañeda: Lecciones de Teoría Económica; Madrid 1968.

Castañeda A.: La teoría de la competencia imperfecta a los
40 años; Información Comercial Española nº 450.

Communaute Economique Europeene: Politique économique et
problèmes de la concurrence dans la C.E.E. et dans les
pays membres de la C.E.E.; Bruselas 1966.

La réparation des conséquences dommageables d'une viola-
tion des articles 85 et 86 du traité instituant la C.E.E.;
Bruselas 1966.

Le probleme de la concentration dans le marche commun;
Bruselas 1966.

Proposition de troisième directive sur les fusions des
sociétés anonymes; Suplemento al Boletín 6 de 1970.

Conseil Supérieur de l'ordre des experts comptables:

Les groupes et groupements des sociétés; Paris 1968.

Chamberlin: Teoría de la competencia monopolística; Méjico 1946.

Champeaud: Le pouvoir de concentration de la société par actions; Paris 1962.

Chimie et Industrie; n^a de mayo de 1968.

De Roux y Voillemot: Le droit de la concurrence des communautés europeennes; Paris 1969.

D'Halluin y Alland; Conferencia; Actualidad Económica, n^a del 29 de nov. de 1969.

Dictionnaire du Marché Commun; Paris

Deeman: Capitalismo, socialismo de mercado y planificación central; Barcelona 1970.

Desarrollo: 9 de junio de 1968

Dobernat: L'economie sovietique cinquante ans après. Viable, mais en retard; Journal de Genève del 7 del 11 de 1967.

Dubois: La position dominante et son abus; Paris 1968.

Duque: Las uniones de empresas en la reforma alemana del Derecho de sociedades por acciones; Anuario de Derecho Civil, año 1964.

El Economista, diversos números.

El Europeo: diversos números.

Fanelli: Le partecipazione sociali reciproche; Milán 1957.

Fernández Novoa: La nueva Ley británica sobre acuerdos restrictivos de competencia; Rev. Derecho Mercantil n^a 64.

Ferri: Manuale di Diritto Commerciale; Torino 1961.

Fontana Codina: Discurso de inauguración de la Feria Internacional de Muestras de Bilbao de 1970.

Galassi: Concentrazione e cooperazione interaziendale; Milán 1969.

Galbraith: Capitalismo americano; el concepto del poder compensador; ed. Ariel; Garcelona.

El Nuevo Estado industrial; Barcelona 1.967.

Garcin: Structure de l'entreprise et du groupes d'entreprises dans le Marché Commun; La empresa multinacional. Pamplona 1970.

Initiation au Droit des Affaires des pays du Marché Commun; París 1969.

García y A. Muñoz: Cuadernos para el diálogo, abril 1968.

Garrigues: La defensa de la competencia mercantil; Madrid 1964.

Formas sociales de uniones de empresas; Rev. de Derecho Mercantil; 1947.

Tratado; Madrid 1947.

Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas; Madrid 1953.

Garrigues Walker: Comentarios legales a la Ley 196/1969 de 28 de diciembre y a la orden complementaria de 25 de enero de 1964, en el libro Asociaciones y uniones de empresas (A.p.d.) Madrid 1964.

Ordenamiento jurídico español en materia de fusión y concentración de empresas, en el libro fusión y concentración de empresas (A.p.d.) Madrid 1966.

Los aspectos jurídicos de las concentraciones de empresas, Boletín de Estudios Económicos, nº 70.

Gelliner: También la pequeña empresa tiene porvenir; Barcelona 1964.

Girón: Las grandes empresas; Valladolid 1965.

Goc: Problemas reales sobre concentraciones de empresas; (A.p.d.) Madrid 1968.

Goldman: Droit commercial européen; París 1970.

Gondra: Las conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia; Rev. de D^a Mercantil nº 113.

Guereca T.: Concentraciones y reestructuración económica; Documentación Económica; vol. I.

Guerra: Le società di partecipazione; Milan 1957.

Gutersohn: Importancia económica y social de la pequeña y mediana empresa; en la obra; También la pequeña empresa tiene porvenir; Barcelona 1964.

Guyenot: Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le Marché commun; París 1971.

Henderson: Teoría Microeconómica; Barcelona 1968.

Houssiaux: Competencia y Mercado Común; Bilbao 1963.

Presentation Generale: les fais, l'intervention Publique,
Le Management; Direction n° 169.

Límites económicos de las concentraciones y fusiones;
De Economía; oc/dic. 1970'

Información Comercial Española: diversos números

Informe del Banco Mundial

Informe Económico, n° del 11, del 12 de 1970.

Institut D'administration des entreprises de l'Université
de París. Les investissements etrangeres en Europe;
París 1968.

Instituto de Censores jurados de Cuentas; dictamen en rela-
ción con el Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

International Economic Association, Congreso: Monopoly and
competition and their regulation; Londres 1954.

Kurt Market: Las nuevas tendencias de desarrollo en el Dere-
cho Alemán de la Competencia; Rev. de Dª Mercantil n° 112.

Lacourt: Concentraciones y fusiones factores de integración;
De Economía, nov. 1970.

Lapergne: Les syndicats de producteurs en France; París 1952.

Lewinsohn: Trusts et cartels dans l'economie mondiale;
París 1950.

Libonati: Holding e investment trust; Milan 1969.

López de Letona: El entorno económico español para la empresa multinacional; en la obra, La empresa multinacional; Pamplona, 1970.

Machlup: The economics of seller's competition; Baltimore 1952.

The political economy of monopoly, business, labor and government policies; Baltimore 1952.

Manzanedo y otros: Curso de Derecho Administrativo económico; Madrid 1970.

Marchal: Prefacio del libro: Les formes modernes de la concurrence; París 1950.

Necesidad económica de las fusiones y concentraciones de empresas; De Economía; nov. 1970.

Martín Oviedo: Aspectos administrativos y fiscales de las uniones de empresas; Madrid 1968.

Martín Eizaga: Aspectos jurídico-mercantiles de la llamada concentración de empresas; Boletín de Est. Económicos, nº 70

Martin Saint-Leon: Cartells y trusts; Madrid 1876.

Matilla: Problemas fiscales en torno a la fusión de sociedades Revista de D^a Mercantil nº 103.

Menchaca: La U.R.S.S. hoy; Madrid 1967.

Mesoneros Romanos: Tratamiento fiscal y criterios seguidos ante las diversas formas de concentración; en el libro, Los problemas reales de la concentración; (A.p.d.) Madrid 1968.

Meynaud y Sidjanski: L'Europe des affaires; París 1967.

Michels: Cartels combines and trusts in post war Germany;
Nueva York 1928.

Motos: La fusión de sociedades mercantiles; Madrid 1953

Morandiere; Rodiere y Houin; Droit Commercial; París 1962.

Muñoz Linares: El monopolio en la industria eléctrica;
Aguilar S.A.; Madrid

O.C.D.E.: Guide de la Législation sur les Pratiques Commerciales Restrictives en Europe et en Amerique du Nord;
París.

Résumé comparatif des législations en Europe et en Amerique du Nord; París 1964.

La puissance économique et la Loi; Une étude des législations sur les pratiques commerciales restrictives, traitant de la puissance économique dans les Pays Membres de l'O.C.D.E., á la C.E.E. et á la C.E.C.A.; Paris 1970.

Glosario de términos relativos a las prácticas comerciales restrictivas.

Ota Sik: Conversaciones, Actualidad Económica n^{os} del 19 y 26 de setiembre y 3 de octubre de 1970.

Ortiz Gracia: Asociaciones y uniones de empresas, en el libro Asociaciones y uniones de empresas, (A.p.d.) Madrid 1964.

Pelletier: Concentración y reestructuración de empresas;
Madrid 1970.

Pellicer: Diez años de ententes y concentraciones en la C.E. C.A.; Rev. de Derecho Mercantil nº 95.

La autorización de prácticas restrictivas; separata de la Rev. Gen, de Legislación y Jurisprudencia. Madrid 1965.

Las prácticas abusivas; Rev. de Derecho Mercantil nº 104.

La prohibición de las prácticas restrictivas colusorias en la legislación española; Revista General de Legislación y Jurisprudencia; set/oc. 1967.

Pérez Ordoyo: Función económica y social de los trusts; Madrid 1920.

Perpiña: La constitución económica de España 1935/67 como muestra de comunidades económicas heterogéneas y ante el Mercado Común; Boletín de Estudios Económicos; dic. 1968.

Peyraud: Dimension de l'entreprise et concurrence; en el libro: Les formes modernes de concurrence; París 1950.

Piatier y otros: Les formes modernes de la concurrence; París 1950.

Piras: La riforma delle societa di capitali in Italia; Conven-go internazionale di studio sulla riforma della Sociéta per azioni, Venezia, 1966, vol. III, Milán 1968.

Prados Arrate: Monopolio y competencia monopolística; Madrid 1972.

España y el Mercado Común; Información Comercial Española; oct. 1967.

Praxis Mercatil: Sociedades mercantiles, anónimas y limitadas: Transformación, fusión y unión de sociedades.

Quandt: Teoría Microeconómica; Barcelona 1968.

Report of the Attorney General's National Committee to study the antitrust laws; Imprenta Nacional de los EE.UU. 1955.

Rey: Discurso de 15 de mayo de 1968.

Rodiere: Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration; Bruselas 1967. Droit Commercial; Paris 1962.

Rubio: Curso Derecho de Sociedades Anónimas, Madrid 1968.

Sainz: Fusión de sociedades en régimen de acción concertada o de concentración de empresas; Rev. D^a Mercantil n^o 112.

Salandra: Il diritto delle unioni di imprese, consorzio gruppi; Padova 1934.

Sampedro: Las fuerzas económicas de nuestro tiempo; Ediciones Guadarrama, Madrid

Sánchez Calero: El proyecto de ley de Represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia; Rev. de D^a Mercantil n^o 88.

Sassen: Una política activa de la competencia; Boletín de las Comunidades Europeas; abril 1970.

Senén de la Fuente: Panorámica de la competencia dentro de la Comunidad Económica Europea; Madrid 1966.

Senén de la Fuente y otros (Seminario de D^a Mercantil de la Sociedad de Estudios y Publicaciones):

Panorámica de la regulación de la competencia dentro del tratado de la C.E.E. Madrid 1966.

- La Protección de la libre competencia; Tratados internacionales anteriores al Tratado de Roma y leyes especiales; Rev. de D^a Mercantil n^o 95.
- Comentarios a la Ley española de represión de las prácticas restrictivas de la competencia; Madrid 1964.
- Schreiber: El desafío americano; Barcelona 1968.
- Servicio de Defensa de la competencia: La defensa de la competencia; Información Comercial E. n^o 450.
- Sonchon: Les cartels de l'agriculture en Allemagne; París 1903
- Stolze: La tercera potencia mundial: La industria y la economía constituyen una nueva Europa; París 1968.
- Tait E.: Legal methods of preventing business consolidations that reduce competition; en la obra Kartelle und monopole in modern Recht; Frankfurt 1961.
- Tamames: La lucha contra los monopolios, Madrid 1965.
- Tinbergen: Lecciones del pasado; Barcelona 1965.
- Triffin: Monopolistic competition and general equilibrium theory; Cambridge 1949.
- Trowbridge: La Comunidad industrial Atlántica mira hacia el futuro; Spanish American Trade; Navidad 1967.
- Ugarte: Problemas de la planificación central; Reformas de la planificación, el poder y el mercado socialista; Información Comercial Española, Enero de 1970.

Uría: Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid 1953.

Teoría de la concentración de empresas; Revista de Derecho Mercantil 1949. Comentarios a la Ley de S.A. Madrid 1953.

Fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español; Rev. de D^a Mercantil 1946, t. 1.

Van Gerben: Principes du Droit des ententes de la C.E.E.; Bruselas 1966.

Van Haeche: Les groupes des sociétés; París 1962.

Velasco: La Ley de sociedades anónimas y concordancias; Barcelona 1969.

Werber: Les grandes entreprises dans le tourbillon des concentrations; Direction, n^o 169.

Les concentrations au Japon; Direction, febrero 1970.

Vito: I sindacati industriali, cartelli e gruppi; Milán 1932.

Wormald: Los cambios de estructura de la empresa moderna; La industria española dentro del Mercado europeo (A.p.d.) Bilbao 1966.

Würdinger: Aktien und Konzernrecht, 2^a edic., Karlsruhe 1966.

Indice

	<u>Págs.</u>
<u>Cap. Primero: Introducción y delimitación del tema.</u>	
- La significación del mercado en los sistemas de economía dirigida y de comercio libre	1
- Vigencia histórica y actual del principio de la libre competencia - Competencia perfecta y efectiva	3
- Necesidad de una política de defensa de la competencia	9
- Interrelación entre política de la competencia y política económica general. Análisis del sector español.	14
- Delimitación del objeto del presente trabajo. .	28
<u>Cap. Segundo: Vinculaciones empresariales.</u>	
- Vinculaciones entre empresas. Consideraciones generales	31
- Fusión de sociedades y supuestos análogos . . .	32
- Las uniones de empresas. Tipología: cartels, - grupos y comunidades de intereses	35
a) Cartels	36
b) Grupos de empresas	39
c) Los contratos de comunidad de intereses. .	46
- Otras vinculaciones empresariales	47

Págs.

Cap. Tercero: Noción de concentración empresarial.

Clases y efectos.	
- Noción de concentración empresarial	53
a) Necesidad de una diferenciación.	53
b) La noción en sus términos generales.	56
c) Concepto jurídico-positivo de concentra-	
ción en el Derecho comparado	58
- Clases de concentración desde el punto de vista e	
económico	74
- Efectos favorables y perjudiciales de la concen	
tración empresarial	78
- El problema anterior en el ordenamiento jurídi-	
co español.	83

Cap. Cuarto: Derecho comparado sobre concentración
 empresarial y política de la competen-
 cia - Consideración especial del siste-
 ma de la Comunidad Económica Europea.

- Antecedentes históricos y tendencias legislati-	
vas - Consideraciones generales	99
- Sistemas jurídicos basados en el control de la	
estructura del mercado.	104
- Disposiciones sobre la monopolización en algu-	
nas de las legislaciones anteriores	122
- Sistemas jurídicos basados en el control del compor	
tamiento de las empresas.	127

	<u>Págs.</u>
- Inscripción de las empresas con dominio de mercado o de las concentraciones que puedan suponerlo	130
- Consideración especial del sistema en la Comunidad Económica Europea.	133
a) Consideraciones preliminares.	135
b) Art.85 del Tratado de la C.E.E. Su aplicación a los acuerdos de concentración. . .	136
c) Aplicación a los actos de concentración del art. 86	147
 <u>Cap. Quinto:</u> La concentración en la Ley española de Prácticas Restrictivas de Competencia	
- Sistemática del capítulo	151
- Indicación general del sistema español y origen del mismo.	152
- La noción de concentración de empresas en la Ley española	159
- Procedimientos de concentración en la Ley de Prácticas Restrictivas y en las disposiciones fiscales protegiendo las uniones de empresas .	168
- En torno a la aplicación del art. 1ª de la Ley española a los acuerdos de concentración . . .	175
- La prohibición de las prácticas abusivas y la concentración: aspectos del problema	183

	<u>Págs.</u>
- La obligación de inscripción del art.21; ámbito de aplicación	185
- Personas obligadas a solicitar la inscripción y contenido de ésta.	193
- Incumplimiento de la obligación de inscripción	194
Conclusiones fundamentales.	189
Notas a los diferentes capítulos.	200
Bibliografía.	270